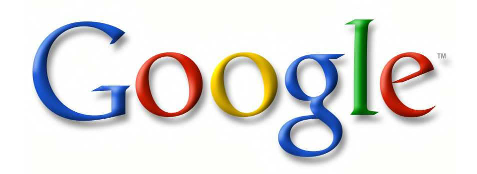
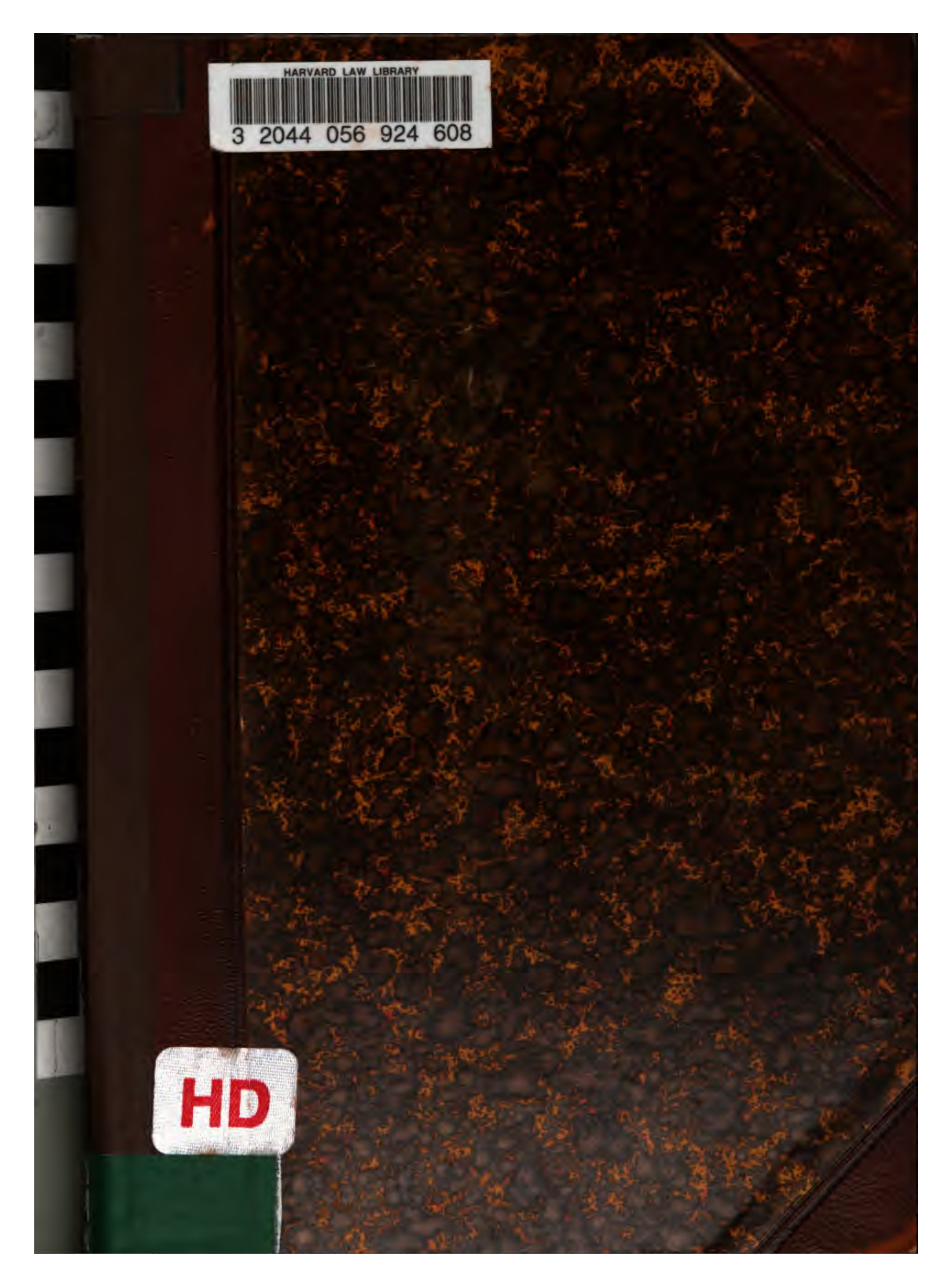
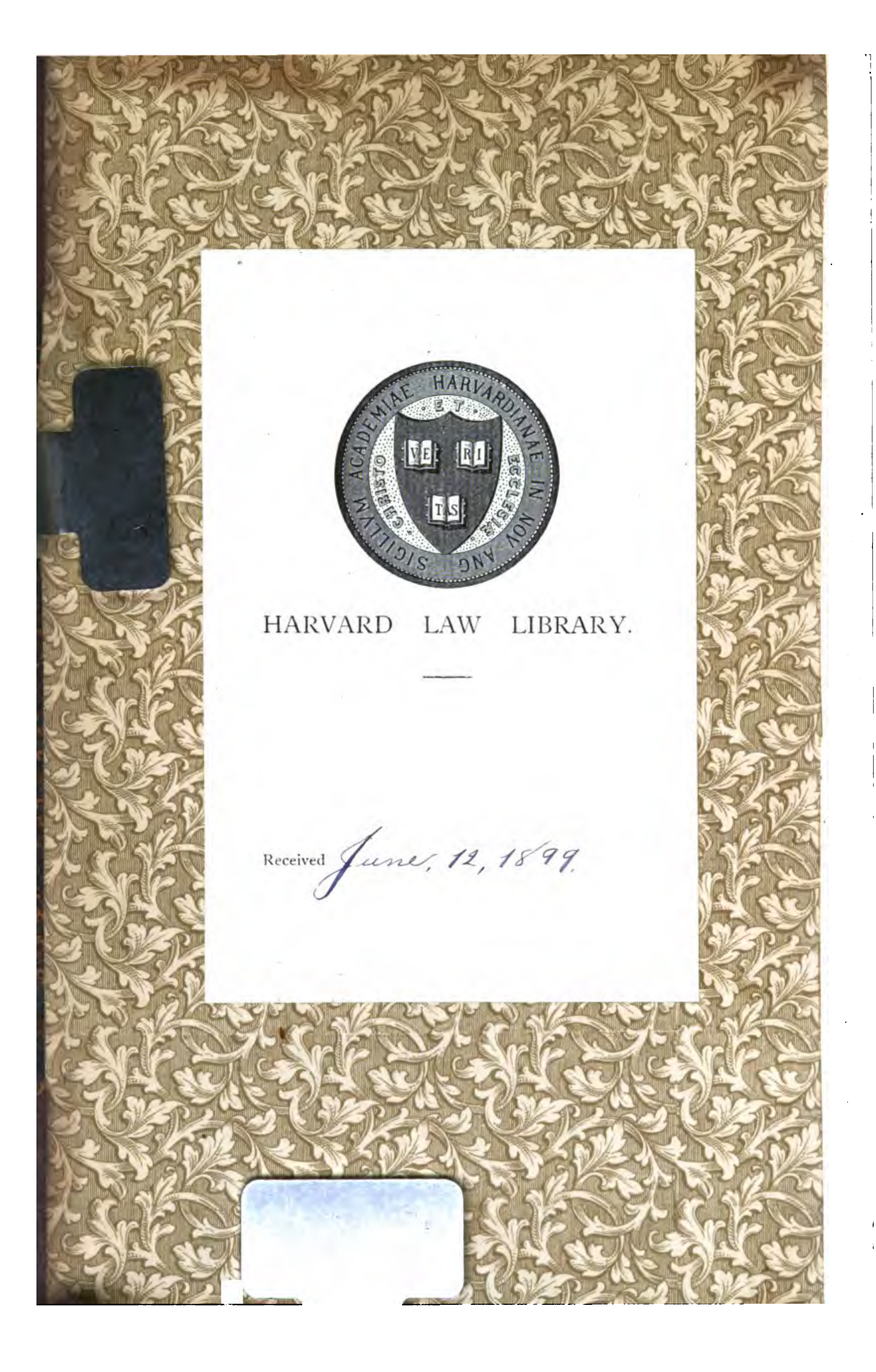

Google


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 924 608
HD


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Der

Erwerb der Erbschaft

nach österreichischem Rechte,

auf

Grundlage des gemeinen Rechtes,

mit

Berücksichtigung des preussischen, französischen, sächsischen und Zürcher Gesetzbuches.

Ein Beitrag zur Beurtheilung

des österreichischen Entwurfs eines Gesetzes über den Erbschaftserwerb vom Jahre 1866.

Von

Dr. Anton Randa,

a. o. Professor der Rechte in Prag.

Wien, 1867.

Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung.

Dem

Herrn Professor, Doctor

Joseph Unger

widmet mit aufrichtiger Vorhachtung diese Schrift

der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Einleitung 1

§. 1. Oertliche Grenzen des Erbrechtes. Competenz 4

§. 2. Der Erwerb der Erbschaft, insbesondere deren Besitzergreifung . . 10

§. 3. Die Beurkundung des Erbrechts 30

§. 4. Die provisorische Erbschaftsklage 43

§. 5. Einzelnheiten der gerichtlichen Intervention bei Erbfällen. Todfallsaufnahme. Versiegelung. Inventarisirung. Testamentseröffnung . 47

§. 6. Das Verfahren, wenn die Erben unbekannt oder abwesend sind . . 62

§. 7. Der Testamentsvollzieher 72

§. 8. Die Thätigkeit des Erbschaftsgerichtes in Ansehung der Legatare, Nacherben, Notherben und Erbschaftsgläubiger 84

§ 9. Das beneficium separationis 90

§ 10. Das beneficium inventarii. 104

§. 11. Das erbschaftliche Liquidationsverfahren 117

§. 12. Von dem Rechtsverhältnisse mehrerer Erben (Miterben) zu den Erbschaftsgläubigern 124

§. 13. Ausschlagung der Erbschaft zum Nachtheile der Gläubiger . . . 141

§. 14. Die Erbtheilung 144

Der

Erwerb der Erbschaft.

Seit geraumer Zeit macht sich in der Theorie und Praxis immer mehr die Ueberzeugung geltend, daß die derzeitige in rechtlicher Beziehung so vielfach verschrobene und von Bevormundungsmaßregeln strotzende Gesetzgebung über den Erwerb der Erbschaft und insbesondere über die sogenannte Verlassenschaftsabhandlung ein'r eingehenden Reform bedürfe. Was schärfer blickende Rechtslehrer und denkende Praktiker im Einzelnen seit Langem bemängelt und beanständet, was das Publikum bei dem kostspieligen, schleppenden und zeitraubenden Gange der Erbverhandlung mit Mißmuth empfunden, das brachten Unger's mit vollster Sachkenntniß und durchdringend scharfer Kritik geschriebene Aufsätze über „die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich" zum umfassenden, in sich abgeschlossenen, wissenschaftlich geläuterten Ausdruck *).

Mit der ihm eigenen Schärfe und Klarheit wies Unger nach, daß das Institut der Verlaßabhandlung in seiner heutigen Gestaltung die ihm gestellte Aufgabe: den Nachlaß in die rechte Hand zu bringen, nicht zu lösen vermag, überdies durch die Annahme des wenn auch nur theilweise durchgeführten Grundsatzes, daß der Nachlaß vor der Einantwortung den Erbschaftsgläubigern im weitesten Sinne rechtlich verfangen sei, dem Princip des Erbrechtes untreu und innerlich haltlos geworden ist. In dem Mißverhältniß von Absicht und Erfolg, von Aufwand und Ergebniß liegt ohne Zweifel die Unzweckmäßigkeit und der innere Widerspruch des gegenwärtigen Verfahrens. Groß ist der Aufwand des Gerichtes an Zeit und Kraft, kostspielig und beschwerend für das Publikum der langwierige Gang der Procedur und doch ist das Resultat, das erreicht wird, verhältnißmäßig so klein und unbedeutend!

---

*) Jene Aufsätze erschienen bekanntlich zuerst in der „Allgem. österr. Gerichts-Zeitung" v. 1861 und 1862, und später bei W. Braumüller (1862) im Separatabdruck.

Die Ideen Unger's, der in erster Linie für die vollständige Aufhebung der Verlaßabhandlung, in zweiter Linie für die Zurückführung derselben auf ihre einfachsten Elemente plaidirte, fanden in der Hauptsache entschiedene Billigung von Seite vieler der tüchtigsten Juristen; namentlich Arndts' in der krit. Vierteljahrsschr. IV. S. 443 flg. Dworzak's in der österr. Vierteljahrsschr. X. Lit. Bl. S. 59—69, des als scharfsinniger Rechtslehrer bekannten Recensenten P. H. in der Beil. zur Wiener Zeit. 1862 Nr. 29, Costa's in d. Verhandlungen der Laibacher jurist. Gesellschaft I. S. 368, Gruchot's Preuß. Erbrecht in Glossen I. S. 150. Zwar blieb auch die dermalige Gestaltung der Verlaßabhandlung nicht ohne Vertheidiger. Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung, und Helm in der österr. Vierteljahrsschr. X. S. 198—251 legten eine Lanze für sie ein. Wir begreifen indeß vollkommen, daß die von diesen beiden Schriftstellern angeführten Gründe Unger's Ansichten nicht zu erschüttern oder auch nur zu modificiren vermochten. (Vgl. U. Erbrecht VI. §. 39, Note 1.) Ohne uns schon hier in eine Polemik einzulassen, werden wir im Laufe dieser Abhandlung Gelegenheit genug haben, unser Urtheil zu begründen.

Befürworten wir nun auch nicht mit Unger die sofortige gänzliche Aufhebung des Instituts der Verlassenschaftsabhandlung und zwar namentlich aus dem rein äußeren Grunde, weil durch das Institut der öffentlichen Bücher eine Intervention des Gerichtes in den weitaus meisten Erbfällen in irgend welcher Form doch wieder unvermeidlich wird, weil ferner die sofort nach dem Erbanfalle eintretende richterliche Prüfung der Erbberechtigung Erbschaftsprocesse erfahrungsmäßig zur Seltenheit macht*), so stimmen wir dagegen seinen Ansichten in Betreff der gründlichen und principiellen Umgestaltung desselben vollständig bei. Einige Meinungsverschiedenheiten werden wir an den betreffenden Orten zu begründen versuchen. So wie wir uns die Verlaßabhandlung als gerechtfertigt denken, kommt dieselbe im Wesen auf die gerichtliche Aufforderung zur Erbserklärung und Nachweisung der Erbberechtigung, auf die möglichst einfache Beurkundung des Erbrechtes und auf gewisse Maßregeln zum Schutze wirklich schutzbedürftiger Erben hinaus.

---

*) Vgl. auch Harrasowsky, a. a. O. S. 70., der dies mit Recht hervorhebt.

Darum begrüßen wir den vor Kurzem veröffentlichten österr. Gesetzentwurf: „Ueber den Erwerb einer Erbschaft“ mit wahrer Befriedigung. Denn in demselben ist das Grundprincip der bisherigen Verlassenschaftsabhandlung, dem zu Folge der Richter jeden Nachlaß sofort nach dem Tode des Erblassers an sich zu ziehen, für alle möglichen Interessenten, sogar für den Staatsschatz Vorsorge zu treffen, von Amtswegen den rechten Erben zu ermitteln, von Amtswegen auf die Erfüllung aller letztwilligen Anordnungen zu dringen, nach Umständen auch die Erbtheilung vorzunehmen hat, — aufgegeben und unläugbar die Tendenz ausgeprägt, das Institut der Nachlaßabhandlung „auf seine einfachsten Elemente zurückzuführen.“ (Worte des a. u. Vortrags des Justizministers zum k. P. v. 28. Juni 1850.)

Nachdem wir sohin unseren Standpunkt in dieser Frage im Allgemeinen gekennzeichnet haben, treten wir an die nähere Beurtheilung des eben angeführten Gesetzentwurfes heran, der eine tiefer gehende Aenderung des bisherigen materiellen Rechtes enthält, als es auf den ersten Blick scheinen mag, wobei sich hinreichend Anlaß bieten wird, einerseits den Stand des bisherigen heimischen Rechtes zu berücksichtigen, anderseits das gerade in diesem Punkte wohl durchdachte und fein entwickelte römische Recht, sowie die neueren Codificationen zu belehrenden Vergleichen heranzuziehen. Die Erörterung soll eine streng sachliche sein; der Versuchung die bedeutenden Schwächen des Entwurfes zu einer vielleicht pikanten, aber der Sache wenig dienlichen Kritik auszubeuten, sind wir stets ausgewichen.

§. 1.

Oertliche Grenzen des Erbrechtes. Competenz.

Bekanntlich beruhen die übrigens höchst dürftigen Bestimmungen der österr. Gesetzgebung über die örtlichen Grenzen des Rechtes auf der Doctrin des vorigen Jahrhunderts: der Theorie, der Personal-, Real- und gemischten Statuten. So richtig der Grundsatz ist, daß der Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an Immobilien nach dem Rechte des Territoriums, wo sie liegen, zu beurtheilen ist, ebenso falsch vom juristischen und unbrauchbar vom praktischen Standpunkte erscheint die Ausdehnung desselben auf das Erbrecht*). Die Rechtsnachfolge in das Vermögen des Erblassers ist eine einheitliche und kann daher nur nach Einem Rechte beurtheilt werden. Die Erbfolge bezüglich der Immobilien nach den Rechten der verschiedenen Territorien, in denen sie liegen, zu regeln, heißt den Grundgedanken des (römischen und heutigen) Erbrechtes: die einheitliche Succession in ein ganzes Vermögen — vernichten. Aber auch in praktischer Beziehung zeigt sich die Unhaltbarkeit dieses Principes, da namentlich bei der Verschiedenheit der Intestaterbfolge, des Pflichttheilsrechtes und der Haftart der Erben nach den verschiedenen Landesrechten unlösbare Schwierigkeiten, insbesondere bezüglich der Fragen entstehen: wer Erbe sei, wie die Erbschaft erworben werde, ob der Pflichttheil verletzt worden, wer den Gläubigern hafte, wie er hafte, womit er hafte u. s. f. Um die aus der Durchführung jenes Grundsatzes entspringenden unentwirrbaren praktischen Schwierigkeiten zu illustriren, verweisen wir beispielsweise auf die §.§. 735, 756, 765—766, 800, 801 d. österr. bürgerl. G. B.; II. 2. §§. 489—493, 762 I. 9

*) Vgl. hierüber besonders Savigny, System VIII. §. 375 flg. und Unger I. S. 169 flg. dessen Verdienst es ist, diese Lehre nach österr. Rechte zuerst zur wissenschaftlichen Darstellung gebracht zu haben.

§§. 420, 421 II. 2, §§. 392, 501 II. 1, §. 631 des preuß. L. R.; §§. 2016—2033, §. 2049 flg., §. 2565 flg., §§. 2328 des sächs. G. B.; art. 745 flg., 756 flg., 793—809, 870 flg. Code civil, Novelle 118, 127, 89 cap. 13, Nov. 18 c. 13, Cod. 6, 30. für das röm. Recht. Ergiebt sich sohin juristisch wie praktisch die zwingende Nothwendigkeit, die Rechtsnachfolge der Erben nach Einem Rechte zu beurtheilen, so ist nichts natürlicher, als daß das Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers als das maßgebende angesehen wird, da dieser der Mittelpunkt der vermögensrechtlichen Thätigkeit der Person ist*). So verhält es sich auch nach gemeinem Rechte (vgl. Savigny VIII. S. 394 flg.), nach preußischem Rechte (allg. Ger. Ordg. §. 121 I. 2, L. R. §. 392. I. 9. u. §§. 28, 29. II. 16, dazu die österr. Minist. V. v. 3. Oktober 1858, Z. 193 Rg. Bl. **) und nach dem sächsischen bürgerl. Gesetzbuche §. 17, dazu Siebenhaar, Comm. I. S. 55).

Anders ist dies Alles nach österr. Rechte. War der Erblasser österr. Staatsbürger, so wird ohne Rücksicht auf seinen Wohnsitz die Intestaterbfolge in das gesammte bewegliche und das hierlands gelegene unbewegliche Vermögen nach österr. Rechte geregelt. Desgleichen wird dessen letztwillige Anordnung in materieller Beziehung, soweit es

*) Vgl. Savigny S. 97 flg. und S. 295—298; Unger I. S. 203; L. Pfeiffer, das Princip des internat. P. R. S. 62. Gerber Deutsch. P. R. §. 32; Goldschmidt. Handelsr. I. §. 38; Bluntschli, Deutsch. P. R. §. 12 V.; L. Bar, das internat. Privat- und Strafrecht §. 72, Note 1. Auf die Frage, ob es nicht entsprechender wäre, statt des Wohnsitzes die Staatsangehörigkeit, resp. das Heimatsrecht in Ansehung der sog. Personenrechte (Status) und vielleicht auch anderer Verhältnisse als maßgebend zu betrachten, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. darüber und dafür Roßhirt, Arch. f. civ. Pr. 46 S. 311 flg.; Bar §. 30 und dagegen Goldschmidt I. S. 274. Note 9, Beseler, D. P. R. §. 39. (2. A.)

**) Die cit. österr. Verordnung, welche den gedachten Grundsatz des preuß. Rechtes den österr. Gerichten behufs Anwendung der Gegenseitigkeit bekanntmacht und sich hiebei auf eine ausdrückliche Erklärung der preuß. Regierung beruft, spricht zwar in den Eingangsworten nur vom beweglichen Nachlaß; im Context der preuß. Erklärung wird jedoch dieser Unterschied nicht gemacht, vielmehr ausdrücklich die Einheit der Rechtsnachfolge in den Nachlaß hervorgehoben. Vgl. auch die Entscheidung des Berl. Obertrib. in Schleter's Jahrbuch XII. S. 177 Nr. 84; Förster, Pr. P. R. S. 59; Koch Privatr. I. §. 40., Erbr. S. 29—43 und Savigny VIII. S. 316 flg. mit erschöpfenden Gründen. Dagegen indeß Bornemann I. S. 204, 205, dessen Ansicht jedoch in Theorie und Praxis fast vereinzelnt blieb.

die genannten Nachlaßgegenstände betrifft, nach österr. Rechte beurtheilt. Vgl. §. 300 b. G. B., §. 31 des Pat. v. 9. August 1854. Die Rechtsnachfolge in die im Auslande gelegenen Immobilien soll sich nach dem örtlichen Rechte regeln*). — Ist der Erblasser ein Ausländer, so soll ohne Rücksicht auf seinen Wohnsitz die gesetzliche Erbfolge bezüglich der in Oesterreich gelegenen unbeweglichen Güter und eben so die letztwillige Anordnung in materieller Beziehung in Ansehung derselben Güter ausschließlich nach österr. Rechte beurtheilt werden. Vgl. §. 22 desselben Pat. In Betreff des Mobiliarnachlasses eines Ausländers hält das österr. Recht (Reciprocität vorausgesetzt) den Grundsatz fest: Mobilia inhærent ossibus und überläßt die Erbschaftsregelung den Gerichten desjenigen Staates, dem der Fremde angehört. Vgl. §. 23 cit. Wird hingegen die Zuständigkeit des österr. Gerichtes von dem fremden Staate nicht in gleichem Maße anerkannt, so ist der Grundsatz der Gegenseitigkeit zu beobachten. Läßt sich endlich die Benehmungsweise des fremden Staates nicht ermitteln, so ist das österr. Recht zur Anwendung zu bringen. Vgl. §. 23 ebend. **).

Schon Unger Syst. I. 204 flg. hat die vorstehenden Bestimmungen mit Recht darum getadelt, weil in denselben zwei wesentlich verschiedene Fragen: die materielle, nach welchem örtlichen Rechte die Erbfolge zu beurtheilen ist, und die formelle, welchem Gerichte die Erbschaftsverhandlung zukommt, zusammengeworfen und nach Einem Maßstabe entschieden werden. Dadurch wird nun allerdings der richtige Standpunkt völlig verrückt***). Auch darin weicht das Pat. v. 9. August 1854 von der gemeinrechtlichen Doctrin ab, daß es die Staatsangehörigkeit und nicht das Domicil des Erblassers als maßgebend hinstellt, was kaum im Einklang mit dem

---

*) Vgl. §. 21 cit. And. A. Unger I. S. 200, der nicht unterscheidet.

**) Von denselben Grundsätzen geht schon das Hofd. v. 22. Juli 1812, Z. 997 J. G. S. aus.

***) In dem von Unger I. S. 205 angeführten Beispiele muß übrigens das Recht desjenigen Staates, dem der Ausländer angehört, zur Geltung kommen. Denn das Gesetz will die materielle und formelle Frage nach demselben Grundsatze entschieden wissen. Dem §. 23 cit. liegt aber das Princip zu Grunde, daß bezüglich des Mobiliarnachlasses die Staatsangehörigkeit und nicht das Domicil des Erblassers maßgebend sei. And. A. Unger a. O., der den Grundsatz des gemeinen Rechtes anwenden will.

im §. 34 b. G. B. ausgesprochenen Princip steht*). Das Hauptgebrechen liegt aber darin, daß die Erbfolge nicht nach einem einheitlichen Gesetze, sondern nach Umständen nach verschiedenen vielleicht wesentlich abweichenden Territorialrechten beurtheilt wird. Hiermit ist allen jenen Uebelständen Thür und Thor geöffnet, die früher bereits angedeutet wurden.

Zu unserem Bedauern finden wir die eben getadelten, theoretisch wie praktisch verwerflichen Grundsätze auch in dem neuen Entwurfe sämmtlich wieder. Man vgl. §§. 13, Alinea 2, 30, 32, 40 und 48, welche überdies an Vollständigkeit und Klarheit viel zu wünschen übrig lassen**). Auch die Bestimmung des §. 40, daß die österr. Gerichte die Verhandlung über den Nachlaß eines Ausländers in die Hand nehmen sollen, „wenn ein Betheiligter darum ansucht," ist höchst bedenklich, da nicht nur leicht Collisionen mit ausländischen Gerichten entstehen können, sondern dadurch auch unnöthiger Weise Erbschaftsprocesse hervorgerufen werden, da diejenige Partei, welcher das österr. Recht günstiger ist, ohne weiters die Intervention des österr. Gerichtes in Anspruch nehmen wird. Mit dieser Vorschrift wird im Grunde die Rechtsfrage, ob die Erbfolge nach inländischem oder ausländischem Rechte zu beurtheilen ist, in den Willen der Betheiligten, ja nach Umständen eines einzigen Betheiligten gelegt. Denn die im §. 40 geforderte Bedingung, daß kein Betheiligter gegen die „Zuständigkeit" (nur?) des österr. Gerichtes eine Einsprache erhebe, betrifft lediglich die Beurkundung und ist überdies praktisch illusorisch, da nicht einmal eine Edictalvorladung aller Betheiligten vorgeschrieben ist. Eine ähnliche Bestimmung des §. 24 des Pat. v. 9. August 1854 ist darum unbedenklich, weil in derselben vorausgesetzt wird, daß der Erblasser im Inlande seinen ordentlichen Wohnsitz hatte, überdies das Ansuchen sämmtlicher hierlands befindlichen Betheiligten und die erfolglose Vorladung oder Unterwerfung auch der auswärtigen Betheiligten gefordert wird.

---

*) Ueber den Sinn dieses §. vgl. statt Aller Unger I. S. 164 flg. Sehr richtig bemerkt Goldschmidt I. §. 38 Note 9, daß das österr. Gesezb. ebenso wie der Code c. sich einer Inconsequenz schuldig machen, indem sie die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Inländer stets nach der Staatsbürgerschaft, dagegen die der Ausländer nach dem Wohnsitze beurtheilen.

**) Ueber Sinn und Tendenz derselben kann jedoch in Anbetracht des §. 300 b. G. B. kein Zweifel sein. Vgl. auch Vesque v. Püttlingen, Intern. P. R. §§. 83, 84.

So möchten wir denn die Streichung sämmtlicher auf diesen Punkt bezüglicher Bestimmungen des Entwurfes befürworten und dafür unter Vorbehalt des Rechtes der Gegenseitigkeit die Annahme des Grundsatzes beantragen, daß die Erbfolge nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen sei, an welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Da derselbe Grundsatz bereits derzeit im Geltungsgebiete des gemeinen, des sächsischen und preußischen Rechtes (die Rheinlande eingeschlossen) Anwendung hat, so wäre damit zugleich der gerade in diesem Punkte des internationalen Privatrechtes dringend nothwendige Einklang der österr. Gesetzgebung mit dem Rechtszustande des größten Theiles von Deutschland hergestellt *).

Sollte übrigens lediglich der Anstand erhoben werden, daß der Wohnsitz und nicht die Staatsangehörigkeit des Erblassers bei Beurtheilung der Erbfolge als maßgebend empfohlen wird, so würden wir in zweiter Linie selbst die Zugrundelegung der Staatsbürgerschaft immerhin als einen dankenswerthen Fortschritt anerkennen, sofern nur mindestens das Princip festgehalten wird, daß die Universalsuccession stets nur nach Einem Rechte beurtheilt werden soll **).

---

*) Dasselbe Princip ist nach dem Zeugnisse Goldschmidt's I. S. 274. Nr. 9 im englisch-nordamerikanischen Rechte angenommen. — Dagegen steht die französische Legislation, deren Bestimmungen übrigens höchst dürftig und dehnbar sind, ganz auf demselben Boden, auf dem das österr. b. G. B. fußt. Vgl. art. 3 Code civ. (Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française). Vgl. art. 13. 17. Frey Franz. Civilr. I. §. 42. Auch der neueste französisch-österreichische Vertrag über die Behandlung der Verlassenschaften der gegenseitigen Unterthanen v. 11. Dezember 1866, Z. 168, geht im art. 2 von denselben Grundsätzen aus. Uebrigens ist dieser Satz in Ansehung des Erbrechtes in der französ. Jurisprudenz nicht unbestritten. Die Ausdehnung des art. 3 alinea 2 auf Mobilien, wie sie von Einigen z. B. in ganz unwissenschaftlicher Weise von Marcardé und Mourlon I. S. 21, 22. versucht wird, ist ganz gewiß verwerflich. Vgl. dagegen Zachariä Franz. Civilr. I. §. 31 und Frey a. a. O. Der Codex Max. Bav. I. 2 §. 17 und das badische Recht stehen gleichfalls auf dem Standpunkte der älteren Theorie. Vgl. die österr. Min. Ver. v. 26. April 1862, Z. 27.

**) Die älteren Schriftsteller unterscheiden nicht zwischen Wohnsitz und Staatsangehörigkeit; selbst neue französische Schriften vermengen oft beide, so z. B. auch Foelix, Droit international privé S. 39: Les expressions de „lieu du domicile de l'individu“ et de „territoire de sa nation ou patrie“ peuvent être employées indifféremment. Die Frage, ob dieser oder jener Moment die vorzügliche Berücksichtigung verdiene, kann hier nicht eingehend untersucht wer-

Für die Regelung der Erbfolge nach den Gesetzen des Heimatsstaates ließe sich vom praktischen Gesichtspunkte anführen, daß nicht nur das französische Recht und die demselben nachgebildeten Codificationen, sondern auch die Mehrzahl der Schweizercantone (Concordat v. 15. Juli 1821) das Heimatsrecht des Erblassers als das maßgebende ansehen. (So auch der französisch-schweizerische Staatsvertrag v. 1828.) Wie nothwendig in praktischer Beziehung die einheitliche Beurtheilung der Erbrechtsverhältnisse ist, zeigen die neuesten Versuche der schweizerischen Legislation. Der instructive Bericht der nationalräthlichen Commission über den Entwurf eines Gesetzes über Niederlassungsverhältnisse v. 29. Mai 1863 bemerkt hierüber S. 10: „Wenn man auch ziemlich allgemein darüber einverstanden ist, daß der Grundsatz der Einheit der Erbschaft statuirt werden soll, in dem Sinne, daß gleichviel, wo die einzelnen Stücke derselben liegen mögen, die Vertheilung unter die Erben nur nach Einem Gesetze geschehen darf, so entsteht dagegen eben die Frage, welches dies Eine maßgebende Gesetz sein soll, das des Niederlassungs- (Wohn-) oder das des Heimatsortes. Innere Gründe lassen sich für das eine wie für das andere anführen“ .... „Man kann in dieser Beziehung wohl sagen, daß im Interesse der freien Niederlassung die Anerkennung der heimatrechtlichen Gesetzgebung im Erbrechte den Vorzug verdient, insofern Jeder sich zu einem Domicilwechsel leichter entschließen wird, wenn dadurch seine wichtigsten privatrechtlichen Verhältnisse unverändert bleiben, als wenn er zuerst prüfen muß, welche

---

den. Die Entscheidung hierüber wird wesentlich auch durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit (Einklang mit den Gesetzgebungen des Auslandes) influencirt. Die Legislation und Doctrin Frankreichs legt alles Gewicht auf die Staatsbürgerschaft. (Vgl. C. art. 3, 8, 11.) In Ansehung der sog. Personalstatuten neigt sich auch die neuere deutsche Gesetzgebung zu dem Grundsatze, daß die Staatsangehörigkeit maßgebend sei. Vgl. art. 84 Allg. Wechs. O., §. 6 des sächs. bürgerl. G. B. Man vgl. über diese Frage Savigny a. O. S. 96 flg. Siebenhaar, I. S. 33—37 Bar, §. 30., Roßhirt, Arch. 46 S. 311 flg. Gegen den Standpunkt Bar's, der den Wohnsitz mit dem Wohnrechte für maßgehend erachtet, führt Goldschmidt a. a. O. mit Recht aus, daß der von B. angeführte Hauptgrund: Möglichkeit der polizeilichen Ausweisung principiell nicht entscheidend und praktisch ohne Belang sei. Und kann man denn nicht auch der Staatsbürgerschaft verlustig erklärt werden? Die von B. vermeintlich beseitigte Schwierigkeit bei mehrfachem Domicil kommt auch beim Heimatsrechte vor. Vg. z. B. den im Text cit. Schweizer G. E. art. 2, der in diesem Falle den Wohnsitz entscheiden läßt, und Bar selbst S. 82.

— oft sehr wichtige — Veränderungen in der Art der Beerbung u. s. f. mit dem Wegzug aus einem Canton verbunden sind *). Mag indeß der Streit darüber, welches von den beiden in Frage liegenden Principien den Vorzug verdiene, von jedem Einzelnen so oder anders entschieden werden, die Thatsache behält jedenfalls ihre Bedeutung, daß in internationalen Verträgen die ganze Schweiz in intercantonalen, die Mehrzahl der Cantone . . . auf dem Boden des Heimatsrechtes steht."

---

§. 2.

Der Erwerb der Erbschaft, insbesondere deren Besitzergreifung.

Zunächst constatiren wir mit Befriedigung, daß der Entwurf den Grundsatz des bisherigen österr. Rechtes: „Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig (ohne Intervention des Gerichtes) in Besitz nehmen" (§. 797 a. b. G. B.) principiell aufgegeben hat. Wohl hat das Gericht bei Todesfällen regelmäßig einzuschreiten (§§. 28, 33), die letzte Willenserklärung zu eröffnen, die Erben zur Erbserklärung, bezieh. Ausschlagung der Erbschaft aufzufordern (§§. 7 u. 39), unter Umständen die Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses zu bewirken (§. 9), über das ausgewiesene Erbrecht Beurkundungen zu ertheilen (§§. 10, 46, 47). Allein die gerichtliche Ingerenz ist nicht mehr Bedingung der ordnungsmäßigen Besitzergreifung der Erbschaft. Der rechte Erbe kann sich selbst sofort nach dem Erbanfall in Besitz des Nachlasses setzen, ohne sich zuvor gerichtlich erbserklären, ohne sein Erbrecht vor Gericht ausweisen, oder gar die förmliche gerichtliche „Einantwortung" erwirken zu müssen. Hiermit wäre denn die österr. Legislation nach langen Irrfahrten zu dem natürlichen

*) Dagegen läßt sich freilich einwenden, daß Inländer, welche ihren ständigen Wohnort im Auslande und Ausländer, welche denselben im Inlande — oft durch Jahrzehnte hindurch haben, bei ihren Rechtsgeschäften doch wohl regelmäßig nicht das Recht ihrer Heimat, sondern das ihres Domiciles vor Augen haben. Dies gilt insbesondere von jenem Theile der Bevölkerung, der am häufigsten an anderen Orten sich niederläßt, — dem Handelsstande.

Standpunkte des römischen Rechtes zurückgekehrt, — eine Rückkehr, die um so unbedenklicher ist, als auch die Gesetzgebungen der neueren und neuesten Zeit erfahrungsmäßig ohne Gefahr für die Rechtssicherheit, ja zur vollen Zufriedenheit der rechtsuchenden Parteien den Grundsatz festhalten, daß der Erbe in der Regel berechtigt ist, ohne Vermittlung des Gerichtes den Besitz der Erbschaft zu ergreifen. Man vgl. für das preußische Recht 17. I. §§. 160, 165 des allg. L. R. (dazu Bornemann Syst. Darst. d. preuß. Civilr. (1839) VI. S. 438 flg.; Temme, Lehrbuch d. preuß. Civilr. II. §. 319; Koch, Lehrbuch d. preuß. Privatr. 3. Aufl. II. §. 868; für das französische Recht art. 724 C. c., dazu Zachariä (Anschütz), Handb. des franz. Civilr. IV. §§. 609, 610; Frey, Lehrbuch d. franz. Civilr. III. §. 603; Marcardé und Mourlon, Abriß d. franz. Civilr. (übers. v. Pfaff) I. S. 244, 265 flg.); für das sächsische Recht art. 2281 u. 2323 flg. (dazu Siebenhaar, Commentar III. S. 291); Zürcher, Gesetzb. §. 1980*). Bei dem Umstande, als die Gesetzgebung selbst — gewiß in wohl erwogener Erkenntniß der mit dem bisherigen Abhandlungsverfahren verbundenen Uebelstände — das Princip der amtlichen Einweisung in den Besitz der Erbschaft fallen gelassen und dagegen den eben entwickelten Grundsatz des römischen Rechtes und der neueren

*) Nur wenn keine sog. gesetzlichen Erben (héritiers légitimes), sondern bloße Erbnehmer (héritiers irréguliers), nämlich nur anerkannte natürliche Kinder, der nicht getrennte Ehegatte und der Staat die Erbschaft ansprechen, müssen sie sich von dem Erbschaftsgerichte in den Besitz der Erbschaft einweisen lassen. 767—773 Code c. Die beiden letztgenannten Erbnehmer und das natürliche Kind, wenn es einziger Erbe ist, haben den Nachlaß zu inventarisiren und werden durch drei Jahre lang im Wesen nur als Verwalter des Nachlasses angesehen. Ueber diese Fälle vgl. Zachariä IV. §. 640., Frey, III. §§. 662. 703—706; Marcarde I. S. 254 flg.; Unger S. 34. — Die Erblegitimation des preuß. Rechtes — so lästig sie ist — hat mit dem Wesen der Verlaßabhandlung Nichts zu thun. Vgl. über jene Gruchot I. S. 216 flg.; Koch Privatr. II. §. 868 — Zu dem §. 198) des Zürcher G. B. „In der Regel sind die Erben berechtigt, ohne Vermittlung des Gerichtes die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen" bemerkt Bluntschli in s. Erläut. zu demselben, es sei zwar bei der Berathung das Bedenken erhoben worden, ob nicht ein Ausweis der Erben vor Gericht zu fordern sei. Allein mit Rücksicht darauf, daß bei dem bisherigen Verfahren keine Uebelstände empfunden worden, daß hingegen in Deutschland, wo manchen Orts die gerichtliche Vermittlung eingeführt sei, häufige Klagen über kostspielige Verwickelungen, Verschleppungen und unnöthige bureaukratische Formalitäten vernehmbar sind, sei der Grundsatz des §. 1980 mit Einmuth angenommen worden.

Codificationen angenommen hat, wäre es wohl überflüssig, auf die diesfällige Polemik der neueren österr. Literatur einzugehen.

Betreffend den Erwerb der Erbschaft fällt sofort in die Augen, daß mit der Bestimmung des §. 1, nach welcher der Erbe mit dem Zeitpunkt des Erbanfalles in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, der Kardinalsatz des römischen und bisherigen österr. Rechtes: daß zum Erwerb der Erbschaft der erklärte hierauf gerichtete Wille des berufenen Erben erforderlich sei, aufgegeben und der im römischen Rechte (L. 14. D. 38, 16.) nur bezüglich der Sui, im altdeutschen Rechte jedoch allgemein anerkannte und im preußischen L. R. §. 389. I. 9, so wie im französ. Civilgesetzbuche art. 724 zur Geltung gekommene Grundsatz angenommen ist, daß die Erbschaft den Erben von Rechtswegen (ohne Erbserklärung) zufalle. Le vif saisit le mort*). Und zwar schließt sich der Entwurf (§§. 1, 7 u. 39, 44) näher dem französischen Gesetzbuche an, indem die Unterlassung jedweder Erklärung als Verzicht nicht nur auf das Ausschlagsrecht, sondern auch auf die Rechtswohlthat des Inventars gilt, (art. 793, 800 C. c.), während nach preuß. Rechte der Delat in diesem Falle lediglich als Beneficiarerbe angesehen wird (§§. 412, 413, 420 I. 9), sofern er nur binnen einer gewissen Frist das Nachlaßinventar gerichtlich deponirt (§. 423 I. eod.), ja nach dem sächs. bürgerl. G. B. (2328) der Erbe überhaupt nie ultra vires hereditatis haftet**). Auch in der Durchführung jenes Grundsatzes schließt sich der

---

*) Auch das sächsische b. G. B. (§. 2250) hat das römische Princip: Erwerb durch Antritt angenommen. Doch gilt die Unterlassung der Erklärung über den Antritt binnen Jahresfrist von der erlangten Kenntniß des Anfalls als Antritt (§. 2265). — Das Zürcher G. B. hält bei der Intestaterbfolge das deutschrechtliche, bei der testamentarischen und Vertragserbfolge das römischrechtliche Princip fest. Vgl. 1986, 2082, 2123.

**) Nach französ. Rechte genügt nämlich nicht — wie nach preuß. Rechte — die Niederlegung des Inventars innerhalb der gesetzlichen Frist ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe ausdrücklich oder stillschweigend angenommen hat, sondern der Erbe hat die Erklärung, daß er die Rechtswohlthat des Inventars beanspruche, noch vor der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme (resp. gleichzeitig mit derselben) in der Kanzlei des Erbschaftsgerichtes abzugeben. Hat er einmal die Erbschaft angenommen oder ist er als unbedingter Erbe verurtheilt worden, so kann er das Beneficium nicht mehr geltend machen. Vgl. art. 793, 800 dazu; Zachariä IV. S. 79 flg. im Vergleich mit §§. 420—424 I. 9., dazu Koch Privatr. II. §. 864.

Entwurf jedoch mit wesentlichen Modificationen dem franz. Rechte (art. 793 — 800) an. Nach §. 39 des Entwurfes hat nämlich das Gericht diejenigen, welche nach Inhalt der Acten als erbberechtigt erscheinen, unter angemessener Belehrung aufzufordern, die im §. 7 bezeichnete Erklärung: ob sie sich der Erbschaft entschlagen, oder ob sie dieselbe behalten, und in letzterem Falle, ob sie die erbschaftlichen Verbindlichkeiten mit oder ohne Beschränkung auf den Werth des Nachlasses übernehmen wollen — in einer ihnen zu setzenden angemessenen Frist, welche zwar erstreckbar ist, aber im Ganzen den Zeitraum von 6 Monaten nicht überschreiten soll (§. 43), abzugeben. Indeß treten die oben gedachten Rechtsfolgen des §. 7 (unbedingter und unwiderruflicher Eintritt des Erben in die Rechtssphäre des Erblassers und daher unbeschränkte Haftung des Ersteren) nicht schon mit dem erfolglosen Ablauf der in der gerichtl. Aufforderung gesetzten Frist, sondern erst dann ein, wenn das Eintreten derselben durch einen Beschluß des Erbschaftsgerichtes ausgesprochen worden ist. Dieser Beschluß darf aber nur über Ansuchen einer Partei gefaßt werden, die ein rechtliches Interesse hat und die zugleich dem Gerichte die Belege, welche zum Nachweise der Rechtsfolge des Erbberechtigten nöthig sind, vorzulegen hat, falls dieselben nicht schon in den Erbschaftsacten vorliegen. Bis zu dem wirklich erfolgten rechtskräftigen Ausspruch kann die im §. 7 bezeichnete Erklärung (die Erbschaft auszuschlagen oder mit Vorbehalt anzunehmen) noch immer giltig eingebracht werden. Einer anderweitigen Beurkundung des Erbrechtes (außer jenem Ausspruch) bedarf es in diesem Falle nicht*).

Ueber den Erwerb des Besitzes durch den Erben spricht sich der Entwurf nicht aus. Nach dem Wortlaute des §. 1, der nur von dem Eintritte des Erben in die „Rechte" des Erblassers spricht, müssen wir consequent annehmen, daß ungeachtet des Erbanfalles von Rechtswegen der Besitz nicht ohne Weiters auf den Erben übergeht,

---

*) Man muß wohl annehmen, daß die Wirkung des nach §. 44 zu fällenden Erkenntnisses nicht auf den impretirenden Interessenten beschränkt ist, sondern der über Ansuchen Eines betheiligten als unbedingter Erbe Erkannte gegenüber allen Interessenten als solcher zu gelten habe. Nach franz. Rechte ist diese Frage sehr streitig. Vgl. Zachariä VI. §. 612. Note 14. Nach preuß. R. bedarf es überhaupt keines Erkenntnisses; wird es ausnahmsweise gefällt (wegen Verkürzung der Erklärungsfrist), so wirkt es allgemein. Vgl. §§. 428, 429. I. 9, dazu Gruchot S. 15.

sondern daß zu dessen Erwerbung wie nach römischem, sächsischen und dem bisherigen österr. Rechte (L. 23. D. 41. 2., §. 2228 sächs., §. 797 und 1493. öst. G. B.) auch fernerhin Apprehension des Erben erforderlich ist*).

Die Abweichungen des Entwurfes vom franz. Rechte bestehen hauptsächlich darin, daß nach ersterem die Erben zur Erbserklärung vom Gerichte von Amtswegen aufgefordert, daß denselben zur Abgabe derselben durchwegs richterliche Fristen gesetzt werden, daß die factische Gerirung als Erbe die Möglichkeit des Erbverzichtes oder des bedingten Antrittes nicht ausschließt, daß nach erfolgtem gerichtlichen Ausspruche der Erbe jederzeit und Jedermann gegenüber als unbedingter Erbe erscheint, daß endlich auch für Frauen und pflegebefohlenen Personen der oben angeführte Weg vorbehaltsloser und unwiderruflicher Erbfolge nicht ausgeschlossen wird, während es sich in allen diesen Punkten nach französ. Recht (art. 794, 795, 798, 800, 801, 776. dazu art. 461) anders verhält**).

---

*) Vgl. hierüber Randa, Besitz nach österr. R. S. 147—153. Nach preuß. R. ist die Frage bestritten. Neuere Präjudicien vertheidigen die im Texte ausgesprochene Ansicht, so auch Koch, Besitz S. 157, Erbr. §. 7; Gruchot I. S. 49. Nach franz. R. wird zwar der Uebergang des Besitzes von Rechtswegen als Folge des Satzes: Le vive etc. oft behauptet, vgl. Zachariä IV. §. 609, 6.; Frey III. §. 603. So auch in den Motiven zum hessischen Entw. art. 240. Allein diese Folgerung ist wohl nicht richtig. Vgl. Gerber, D. Privatr. §. 248. N. 11. und meinen Besitz §. 15 N. 11. Auch der oft berufene a. 724. C. c. enthält kein Wort darüber. Nach dem hessischen Entwurf a. 240 setzt jeder Erbe, nach §. 493 Zürcher G. B. nur der Intestaterbe den Besitz des Erblassers ipso jure fort. — Ueber die Vererbung der Besitzklagen vgl. neuestens Köppen Erbr. S. 188. N. 46 u. N. 11.; Koch Erbr. §. 7. Der Letztere läugnet den Uebergang der int. retinendae poss. auf den Erben des Besitzers, „weil der zu schützende Besitzer nicht mehr vorhanden ist." Der Grund beweist zu viel; ist denn der zu restuirende Entsetzte noch vorhanden? Und doch gesteht selbst K. den Uebergang der int. recup. poss. zu.

**) Man vgl. über das französ. Recht besonders Zachariä, IV., §§. 609 bis 611, Marcardé und Mourlon I, S. 268—270, Frey III, §. 695. Die gesetzlichen Erben behalten nämlich das Wahlrecht, die Erbschaft anzunehmen, oder darauf Verzicht zu leisten durch 30 Jahre (Art. 789, 2262). Erst nach Ablauf dieses Zeitraumes gilt er als definitiver Erbe. Vgl. Anschütz, Zusatz zu Note 4, §. 611 cit. Jedoch ist diese Regel der Beschränkung unterworfen, daß Jeder, der bei der Annahme oder dem Ausschlagen der Erbschaft interessirt ist (der Erbschaftsgläubiger, Legatar, Nach- oder Miterbe), das Recht hat, dem Erben nach Ablauf der auf Fertigung des Inventars bezüglichen Fristen (von

Wir verhehlen nun nicht, daß uns das im Entwurfe beantragte Verfahren mit den größten Bedenken erfüllt.

Wir sehen durchaus keine entscheidenden Gründe dafür ein, daß das natürliche und juristisch unanfechtbare Princip des römischen, sächsischen und bisherigen österr. Rechtes: daß die Erbschaft nur durch den erklärten Willen des Berufenen erworben wird, dem im Allgemeinen vielfach bedenklichen Princip der Erbfolge von Rechtswegen geopfert werden solle. Zwar wird der Grundsatz: kein Erbschaftserwerb ohne den Willen des Berufenen indirect durch die zugleich gebotene Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, wieder zur Geltung gebracht. — Indeß gerade diese Wiedereinführung jenes Grundsatzes auf einem Umwege beweist die Unnatürlichkeit des entgegengesetzten Principes *).

---

3 Monaten und 40 Tagen, Art. 795) zur Erklärung über die Annahme oder Aufgabe der Erbschaft zu zwingen. Die Verlängerung der Fristen ist zulässig, Art. 788, 789. Sind die vom Gericht bewilligten Fristen abgelaufen, ohne daß der Erbe ein Inventar überreicht oder sich über die Annahme oder den Verzicht der Erbschaft erklärt hat, so kann derselbe dennoch, so lange bis er durch rechtskräftiges Urtheil zum unbedingten Erben erklärt worden ist, immer noch ein Inventarium machen, mit Vorbehalt antreten, oder auch ausschlagen — vorausgesetzt, daß er nicht mittlerweile (vor der Verurtheilung) ausdrücklich oder stillschweigend angenommen hat. Art. 800. Die vorsichtsweise Annahme von Minderjährigen und Entmündigten kann erzwungen werden. Art. 461, 776.

*) Bezüglich des deutschrechtlichen Grundsatzes: „der Todte erbt den Lebendigen," „le vif saisit le mort" ist zweierlei, nicht zu übersehen: einmal, daß derselbe ursprünglich nur bei der gesetzlichen (Familien-) Erbfolge, welche allein dem deutschen Recht bekannt war, gegolten hat; sodann, daß nach deutschem Recht die Haftung des Erben (wie noch heute nach sächs. Rechte) von Rechtswegen eine auf die Kräfte der Erbschaft beschränkte war. In dieser Gestalt verliert jener Grundsatz freilich mancherlei Bedenkliches. Vgl. Bluntschli (Dahn) deutsches Privatr., 3. Aufl., §§. 234—249 (Irrig ist daselbst Nr. 3 die Berufung auf das österr. b. G. B.). Auch hängt jener Grundsatz wesentlich mit dem Umstande zusammen, daß das deutsche Recht eine Universalsuccession in das Vermögen eines Verstorbenen gar nicht kennt. Vgl. besonders Gerber, D. Privatr., §. 248, auch Bluntschli, §§. 233, 250, Walter, P. R., §. 412, 413; Beseler §. 149 und C. A. Schmidt, der princ. Untersch. zwisch. d. röm. u. germ R. S. 308. — Nach allen diesen Richtungen hin ist es nach heutigem gemeinen, preußischen, französischen, österreichischen, und — vom zweiten Punkte abgesehen — auch nach sächsischem Rechte anders. Ueberall hat sich das römischrechtliche Princip siegreich Bahn gebrochen. Vgl. über die Tragweite des Principes der Erbfolge von Rechtswegen auch Gruchot, Glossen I., S. 37 flg,

Auch die geringe praktische Eignung desselben zeigt sich darin, daß die Erbschaft troß des sich von Rechtswegen vollziehenden Uebergangs der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben dennoch bis zum wirklichen oder stillschweigenden, oder mit Ablauf der Frist fingirten Antritte des Erbberechtigten noch immer als selbstständiges Vermögen angesehen wird und nicht anders angesehen werden kann. Das Recht des Erben ist bis dahin ein schlummerndes und es äußert sich daher auch bis dahin nicht die Wirksamkeit der aus der Erwerbung der Erbschaft entstehenden Verbindlichkeiten. Die Erbschaftsgläubiger können bis dahin nicht den Erben, sondern höchstens die Nachlaßmasse belangen. Man vgl. den mit dem §. 811 a. b. G. B. übereinstimmenden §. 14 des Entwurfes; dann die §§. 386—388 I. 9 des preußischen Landrechts (dazu Bornemann IV., §. 448, S. 453—454; Temme II., §. 324; Koch II., §. 866; Gruchot I., S. 78—81; ferner Art. 797—799 des franz. Code civil, dazu Zachariä IV., §. 614, S. 88, Frey III., §. 695, Marcardé I., S, 269). Aehnlich 262 des hessischen Entw. Es wird also der Erbe (von Rechtswegen) in dieser Zwischenzeit, troßdem er Erbe ist, doch nicht als solcher behandelt, mit anderen Worten: Das richtige Princip des römischen Rechtes, daß die Erbschaft bis zum Antritte des Erben ein selbstständiges Vermögen bildet, wird troß der theoretischen Verläugnung praktisch doch wieder zur Geltung gebracht. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die Behauptung (Koch, Erbr., S. 130, Gruchot, I., S. 44,

---

43 flg. — Bemerkenswerth ist, daß die slavischen Volksrechte ein Erbrecht im Sinne röm. Rechtes als Regel nicht kennen. Dieselben anerkennen ursprünglich nur Familiengut, welches ungetheilt allen Familiengliedern gleichmäßig gehört und dessen Verwaltung dem Vater, beziehentlich dem gewählten Oberhaupte zukommt. Starb ein Familienglied, so accrescirte dessen Antheil von Rechtswegen den übrigen. Eine Theilung war zulässig; der Antheil wurde ipso jure wieder Familiengut. Starb der mit einem selbstständigen Antheil Abgefundene ohne Familie, so fiel sein Nachlaß nach böhmischem Rechte an den Fürsten, nach polnischem Rechte an die Verwandten. Vgl. F. E. Wocel's fleißige Schrift: O staročeském dedikém právu. (1861) S. 1—8. 20 flg. Jireček, Slovanské právo II. §. 40. Wohl erinnert auch das röm. R. an eine ähnliche Auffassung. Vgl. L. 11. D. 28. 2. L. 1. §. 12. D. 38. 9. §. 3. J. 3. 1 Sni.... statim morte parentis quasi continuantur dominium. L. 11. cit. Qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Doch ist wohl hier gewiß nur an eine sittliche Berechtigung gedacht. Vgl. Köppen, Erbrecht S. 4. Note 11.

bezüglich der Sui Köppen, Erbr., S. 200, 201), daß es nach dem Grundsatze der Beerbung von Rechtswegen gar keine hereditas jacens gebe, allerdings auf einer richtigen Consequenz beruht, daß aber diese logische Folgerung für jene Zwischenzeit mit dem wirklichen Sachverhalt nicht im Einklange steht. Oder wird nicht thatsächlich die Selbstständigkeit des Erbvermögens anerkannt, wenn der Erbe während der Deliberationsfrist einerseits keine Verfügung über den Nachlaß pro herede treffen darf, anderseits auch nicht von den Erbschaftsgläubigern mit Erfolg belangt werden kann? Repudiirt der Erbe hinterher, so wird die Sache so angesehen, als wenn er nie Erbe gewesen wäre. (Vgl. in Betreff der Sui: Sintenis, prakt. Civilr. III., §. 202, bezüglich der neueren Gesetzbücher die oben citirten Schriftsteller, auch Art. 785 Code c. und Gruchot I., S. 119.) Und muß nicht die Erbschaft jedenfalls als selbstständiges Vermögen (sog. juristische Person) gedacht werden, wenn der Erbe unter einer Suspensivbedingung berufen wird, oder wenn der Erbe ganz unbekannt ist? (Vgl. Gruchot I., S. 57, 58; Koch II., §. 808, 6.) Nicht anders verhält es sich nach französ. Rechte, wenn bloße Erbnehmer vorhanden sind. (Art. 756—773 C. c., dazu Zachariä IV., §. 638—640, Frey III., §. 694.) Wir wissen in der That nicht, wo mehr sog. Fiction liegt, ob in der hereditas jacens des röm. R. oder in der formellen Verläugnung derselben durch die oben bezogenen Legislationen?

Allerdings läßt sich die Annahme des deutschrechtlichen Princips mindestens in praktischer Beziehung mit dem Hinweise auf die Beseitigung mancher Nachtheile motiviren, welche aus der Verzögerung der Erbserklärung zu entstehen pflegen *). Abgesehen jedoch davon, daß diese Nachtheile auch in anderer Weise leicht zu vermeiden sind, trifft diese Begründung nur bei jenen Gesetzgebungen zu, welche die Rechtswirkung der bedingten oder unbedingten Rechtsnachfolge schon mit dem bloßen Ablaufe der gesetzlichen Fristen (ipso jure) eintreten lassen,

*) Ungenügend sind die Ausführungen der Motive zum hessischen Entwurfe S. 139. 3. Abth. Der Ausschluß der controversen Theorien über die hered. jacens und über die Transmission des Erbrechtes werden daselbst als Vortheile des gedachten Principes hervorgehoben. Der erstere Punkt wurde soeben behandelt. Die röm. Transmissionslehre ist aber sehr einfach durch den allgemeinen Grundsatz zu beseitigen, daß auch die erst angefallene Erbschaft transmittirt wird. Vgl. §. 809 des österr. b. G. B.

(vgl. §§. 420, 421 I. 9. des preuß. L. R. und §. 2265 des sächs. b. G. B.), nicht aber bei jenen legislatorischen Systemen, welche (wie das franz. Recht Art. 800, und der österr. Entwurf §§. 39, 44) den Eintritt jener Rechtswirkungen von der Einleitung eines nicht immer einfachen gerichtlichen Verfahrens und einem förmlichen gerichtlichen Erkenntnisse abhängig machen *). Das Verfahren kann hiernach leicht complicirter und langwieriger werden, als bei Festhaltung des römischen Princips. Aber auch in anderer Beziehung erscheint uns die Procedur des Entwurfes höchst bedenklich. Bis zu dem nur über Antrag erfolgten Ausspruche des Gerichtes über die unbedingte Haftung des Erben kann dieser immer noch die Erbschaft ausschlagen oder mit Vorbehalt annehmen (vgl. §§. 44 und 7) und dies selbst dann noch, wenn er sich als Erbe gerirt, etwa sogar Erbschaftssachen veräußert hat. Denn der Entwurf hat auffallender Weise die gewiß nur zu billigende, ja im Interesse der Erbschaftsgläubiger unerläßliche Bestimmung des französ. R. (art. 792, 800), welches nicht nur die außergerichtliche unbedingte Erbserklärung zuläßt, sondern auch die Führuug von Erbschaftsangelegenheiten (actes d'héritier, art. 778) und ebenso die Entwendung oder Verheimlichung von Nachlaßgegenständen der unbedingten Annahme gleichstellt (art. 792) nicht aufgenommen **). Bis zu dem erfolgten gerichtlichen Ausspruch bleibt es also thatsächlich vollkommen ungewiß, ob der Erbberechtigte trotz der Gestion als Erbe wirklich Erbe sei, beziehentlich bleiben werde

---

*) Nach §. 44 des Entwurfs wird nämlich der diesfällige Beschluß nur über Ansuchen einer Partei, die ein rechtliches Interesse hat, nur nach Verständigung des Erbberechtigten und nur gegen Nachweis der Belege der Rechtsnachfolge gefaßt.

**) Man vgl. hierüber Frey III. §. 698, Marcardé S. 267, Zachariä IV. S. 74, 75. Diese Bestimmungen des Code sind dem röm. Rechte und speciell den Vorschriften desselben über den Erbschaftserwerb der Sui (vgl. bes. Sintenis III. §. 202) nachgebildet. Das Princip des röm. Rechtes, daß die Annahme der Erbschaft auch stillschweigend durch concludente Handlungen (sog. gestio pro herede, §. 2. J. 2. 19., dazu Köppen, Erbrecht S. 333—337) erfolgen könne, hat auch das preuß. Landrecht §. 420. I. 9 (dazu Gruchot, I. S. 142. S. 83.), sowie das sächs. b. G. B. §. 2252 (auch der hessische Entw. Art. 229—231) angenommen. Doch hat dasselbe nach preuß. Rechte, wie Gruchot S. 143. richtig bemerkt, fast alle Bedeutung durch die Vorschrift des §. 421. I. 9. verloren, der zufolge schon die bloße Unthätigkeit des Erben während der Deliberationsfrist die Wirkung der gestio p. h. hat.

oder nicht. Das Saumsal des Erben wird durch den Vorbehalt der entscheidenden Erklärung in einer unbestimmt fernen Zeit förmlich prämiirt.

Dieser ungewisse Rechtszustand ist um so bedauerlicher, als sich die Fällung des gerichtlichen Erkenntnisses regelmäßig geraume Zeit verziehen dürfte. Denn die zur Antragstellung berechtigten Erbschaftsgläubiger, Legatare, Notherben werden wo möglich den einfacheren, ihnen im §. 14 des Entw. gebotenen Weg einschlagen, d. i. gegen den zur Vertretung der Erbschaft bestellten Curator ihre Ansprüche ausführen *). — Tragen dieselben aber etwa nach Jahren auf Fällung des im §. 44 erwähnten Erkenntnisses an, so wird häufig nicht nur der Nachweis der Erbberechtigung erschwert, bei inzwischen eingetretenen Todesfällen der Erben und Erbeserben auch complicirt, sondern die Errichtung eines genauen Inventars bei allenfälliger bedingter Erbserklärung des Erben geradezu unmöglich. Daß hiebei der nachläßige Erbe möglicher Weise auf Kosten der Erbschaftsgläubiger grundlos begünstigt werde, läßt sich kaum verkennen **). — Der Erbe endlich hat außer denjenigen Fällen, wo die Verfügung über die ererbten Immobilien seine Legitimirung vor der Tabularbehörde erfordert, kein treibendes Interesse, sich mit der Erklärung, ob er die Erbschaft antrete oder ausschlage, sonderlich zu beeilen.

Unter allen Umständen wird also durch das beantragte Verfahren die definitive Regelung der Erbfolge häufig, sehr häufig verzögert und auf langwierigen Wegen ein Erfolg angestrebt, der in anderer Weise rascher und sicher zu erreichen wäre. Belehrend ist gerade in diesem Punkte der Entwicklungsgang der preuß. Gesetzgebung. Das Erbschaftsedict vom 30. April 1765 verordnete nämlich im Wesen dasselbe Verfahren, welches später der Code c. (art. 795—800) größtentheils nach der Ordonance von 1667 angenommen

*) Sie werden dies stets so lange thun, als ihnen die Execution auf das Erbschaftsvermögen die rasche Realisirung ihrer Forderungen in gewisse Aussicht stellt. Noch weniger haben die eventuell berufenen Nacherben ein Interesse daran, das Verfahren des §. 44 einzuleiten, wie in der Folge gezeigt werden soll.

**) Allerdings kann der Erbschaftsgläubiger rechtzeitig auf Fällung des Erkenntnisses antragen. Allein man bedenke, daß man an den Erben, der sich um die Wohlthat der bedingten Haftung bewirbt, doch viel strengere Anforderungen stellen darf, als an den Erbschaftsgläubiger, der lediglich sein gutes Recht geltend macht.

hat. Dagegen bestimmt nun der §. 429 I. 9. des L. R., daß der Erbe schon mit dem Ablaufe der gesetzlichen Fristen zur Legung des Inventars (d. i. nach 6 Monaten nach Ablauf der Entsagungsfrist von 6 Wochen, resp. 3 Monaten, von der erlangten Wissenschaft von dem Erbanfalle gerechnet, vgl. §§. 384. 385. 424. I. 9.) kraft des Gesetzes — also ohne daß es eines richterlichen Ausspruches darüber bedarf, der Rechtswohlthat des Inventars verlustig, oder richtiger gesagt, nicht theilhaftig wird, und daher als unbedingter Erbe anzusehen ist. Suarez motivirte diese Aenderung des Erbschaftsedictes folgender Maßen: „Der Grund der Abweichung ist, die Verdunkelung des Nachlasses zu verhüten und die weitläufigen und kostbaren Processe zu vermeiden, welche zu entstehen pflegen, wenn oft viele Jahre nach dem Tode auf das Beneficium provocirt wird und alsdann ein Inventarium angefertigt werden muß, von dem so wenig Zuverlässigkeit als Vollständigkeit zu erwarten ist." (S. Gruchot I. S. 155.)

Allein auch die Annahme des Principes des heutigen preuß. Rechtes vermögen wir nicht zu empfehlen. Der Grundsatz nämlich, daß der Erbe mit dem Ablauf der gesetzlichen Frist ipso jure als unbedingter Erbe zu betrachten ist, auch wenn er gar nicht den Willen hat, Erbe zu sein und daher jede Verfügung über den Nachlaß sorgfältig vermeidet (§. 421 u. 427 I. 9), enthält, wie Gruchot I. S. 155 sehr richtig bemerkt, eine ungerechtfertigte Härte gegen den Erben im Interesse der vielleicht ebenso unthätig gebliebenen Erbschaftsgläubiger — eine Härte, die sich in ihrer vollen Blöße in dem Falle zeigt, wenn der Verstorbene nichts hinterlassen hat, hiermit nach volksthümlicher Auffassung ein Anlaß zur Inventarsvorlegung gar nicht vorliegt. Denn daß auch in diesen Fällen die unterlassene Inventarslegung die oben angeführten Rechtsfolgen ohne Weiteres nach sich zieht, ist mit Recht in mehreren Präjudicien des O. Trib. anerkannt worden. (Vgl. Gruchot a. a. O., u. Koch II. §. 866. Note 12) *).

---

*) Treffend bemerkt neuestens Koch, Erbr. S. 135: „Das Volk hat kein Verständniß dafür, daß es nicht genüge, von einer eröffneten schlechten Erbschaft seine Hände zu lassen, um keine Verbindlichkeit auf sich zu laden; es meint, daß hiezu Einmischung nothwendig sei. . . Wenn es dann zu spät erfährt, daß es gerade dadurch in die Falle gegangen sei, . . . so darf es nicht Wunder nehmen, wenn harmlose Leute an der menschlichen Gerechtigkeit ihren Glauben verlieren. Das Princip der Erbschaftserwerbung von Rechts-

Um diese Härten zu vermeiden, traf das Zürcher G. B. im §. 1993 den Ausweg, daß es die Ausschlagung der Erbschaft als sich von selbstverstehend annimmt, wenn der Erblasser „im falliten Zustande oder almosengenößig oder als Bettler oder Vagabund" gestorben ist, welche Vorschrift Bluntschli damit motivirt, „daß das Recht die Sitte des Landes beachten müsse und die Erfahrung zeige, daß die Erben in derartigen Fällen es für überflüssig halten, eine Erklärung abzugeben, die sich nach ihrer Anschauungsweise von selbst versteht. Hier bedürften also die Erben des gesetzlichen Schutzes gegen allfällige Gläubiger des Verstorbenen, welche auf den Grundsatz des Erbüberganges auf das Vermögen der Erben ihre Speculation zu gründen Lust hätten."

Auch der hessische Entwurf sucht die mit dem Erbschaftserwerbe von Rechtswegen für die Erben verbundenen Gefahren dadurch abzuwehren, daß er denselben die Errichtung des Inventars so lange gestattet, als nicht die vollständige Ermittlung des Nachlasses durch Verschulden des Erben unmöglich gemacht wurde, was damit begründet wird, daß durch die Erbfolge die Lage den Gläubiger nicht verbessert, sondern denselben nur möglich gemacht werden soll, ihre Forderungen wie vordem zu verfolgen.

Allein gegen die Vorschrift des Zürcher G. B. ist zu bemerken, daß der auf Umwegen gewährte „gesetzliche Schutz des Erben" gegen die Folgen des von Rechtswegen sich vollziehenden Ueberganges des Erbvermögens wohl am natürlichsten direct in der Weise zu erzielen ist, daß der Erwerb der Erbschaft überhaupt in den erklärten Willen des Erben gestellt wird; — ein Princip, welches das Zürcher G. B. selbst bei der testamentarischen und vertragsmäßigen Erbfolge angenommen hat. Was hingegen die Bestimmung des hessischen Entw. betrifft, so passen auf dieselbe auch h. z. T. alle Einwürfe, welche Suarez gegen das Erbschaftsedict vom 1765 erhoben hat *).

So können wir denn weder den Grundsatz des französischen Rechtes, nach welchem die mit der Erbfolge verknüpften Rechtswir-

---

wegen ... ist nur mit der deutschen Nachlaßspecification, die an keine Frist gebunden ist, vereinbar."

*) Das sächsische G. B. bleibt hier darum außer Betracht, weil nach demselben (§. 2328) der Erbe von Rechtswegen nie über den Bestand der Erbschaft haftet.

kungen erst mit der Verurtheilung des Erben wirksam werden, noch das Princip des preußischen Rechtes, welches dieselben schon mit dem Ablaufe der gesetzlichen Fristen ohne Weiteres eintreten läßt, empfehlen. Der österr. Entwurf, welcher die Mängel des französischen Systems durch die Nichtanerkennung der stillschweigenden Erbsantretung noch erhöht hat, gibt jedoch auch noch in anderer Beziehung zu großen Bedenken Anlaß, nämlich soweit es sich um die Anwendung jenes Systems auf pflegebefohlene Erben handelt. Denn nach §. 44 Entw. treten die Rechtsfolgen des §. 7. Entw. auch dann ein, wenn der Vertreter der pflegebefohlenen Erbberechtigten die daselbst geforderte Erklärung abzugeben versäumt. Letztere müssen daher eventuell für die Folgen der Nachlässigkeit ihres Vertreters büßen. Dies wäre nach österr. Rechte — trotz aller Regreßrechte gegen den Säumigen — um so härter, als dagegen keinerlei Restitution zulässig ist. Warum der Entwurf die Vorschrift des franz. G. B. (art. 776. 461) und des preuß. L. R. (I. 9. §. 430. 431), welchen zufolge Pflegebefohlene der Rechtswohlthat des Inventars durch die Nachlässigkeit ihres Vertreters nicht verlustig werden, nicht aufgenommen hat, ist für uns unerfindlich *).

Ein Hauptmangel des Entwurfes, der freilich auch dem preuß. und franz. Rechte anklebt, ist wohl der, daß die Rechte der nachberufenen Erben dem saumseligen nächstberufenen Delaten gegenüber nicht gehörig geschützt sind. Wir vermissen nämlich eine Deliberationsfrist, welche dem Erben über Antrag rechtlich interessirter Personen mit der Wirkung gestellt werden kann, daß die Unterlassung einer Erklärung innerhalb derselben den Verlust des Erbrechts zur Folge haben soll. Es ist zwar richtig, daß die Erbschaftsgläubiger dieses Rechtsmittel recht wohl entbehren können, da sie nach §. 14 des Entw. ihre Ansprüche gegen den Nachlaßvertreter geltend machen

---

*) Das römische Recht gewährt Pflegebefohlenen wegen versäumter Rechtswohlthat des Inventars das Rechtsmittel der Restitution und die Entschädigungsklage gegen den säumigen Vormund. Vgl. Nov. I, cap. 4, §. 1. Der hessische Entw. III, §. 250, gibt denselben die Rechtswohlthat des Inventars von Rechtswegen, was damit motivirt wird, daß dieselben durch die Fehler ihrer Vormünder nicht leiden dürfen. Daß dies nicht der richtige Weg sei, das Interesse Pflegebefohlener zu schützen, bedarf keiner Erörterung. Nach sächs. Recht ist ein besonderer Schutz der Pflegebefohlenen wegen der gesetzlich beschränkten Haftpflicht des Erben nicht nöthig.

dürfen *). Dagegen leiden unter diesem Mangel alle jene Personen, denen die Erbschaft eventuell zufällt, insbesondere der Nacherbe gegenüber dem erstberufenen Vorerben, der gesetzliche Erbe gegenüber dem Testamentserben, die im Falle der Nichterfüllung der Potestativbedingung berufenen Erben, die entfernteren Intestaterben gegenüber den näheren, die beim Hinwegfallen der gesetzlichen Erben zur Erbschaft berufenen Legatare (§. 726) **). Allerdings können diese

---

*) Nicht nachahmenswerth finden wir die bezüglichen Vorschriften des Code c. Art. 795—800, welche den saumseligen Erben auf Kosten des Gläubigers begünstigen. Vgl. hierüber Zachariä IV., §. 614. Strenger und passender sind schon die Bestimmungen des preuß. L. R. (§§. 386, 387 I, 9). Am entsprechendsten scheint uns die Vorschrift des §. 811 b. G. B. (§. 14 Entw. zu sein, da durch die Bestellung eines Curators einerseits die Rechte der Gläubiger keinen Augenblick gehemmt werden, andererseits den Erben kein Nachtheil dadurch erwächst.

**) Man vergleiche hierüber besonders Unger, Verlaßabh. S. 128 und Erbr. §. 36, Note 14. Leist, Bonorum possessio II. S. 459 flg. Das röm. Recht gibt a) den Nachlaßgläubigern (und Legataren?) das Recht, durch Setzung einer Deliberationsfrist (von höchstens 9—12 Monaten) den Berufenen zur Entscheidung über die Annahme zu zwingen. Mit dem erfolglosen Ablauf derselben wird der Erbe als antretend angesehen (c. 22. §. 14. C. 6. 30.) b) Auch die nachberufenen Erben, insbesondere die Substituten, können auf eine solche Fristbestimmung antragen, nach deren fruchtlosem Ablauf der Erbe als ausschlagend zu betrachten ist. (Vgl. L. 69, 70, D. 29. 2. und c. 22. §. 14. C. 6. 30.) c) Ist der Erbe unter einer Potestativbedingung eingesetzt, so können Gläubiger unter dem Präjudiz der Antretung, Nachberufene unter dem Präjudiz der Ausschlagung eine Fristbestimmung zur Erfüllung derselben beantragen (L. 23. §. 1, 2. D. 28. 5) d) Auch der verkürzte Pflichttheilsberechtigte kann die Setzung einer solchen Frist (unter Präjudiz des Antritts) verlangen (c. 36. §. 2. C. 3. 28). Vgl. über diese nach allen Richtungen controversen Fragen besonders Arndts, §. 509, Leist, a. a. O. Note 5, Sintenis §. 184, bes. Note 4, die abweichenden Ansichten Mühlenbruch's 41. B., S. 280, 283, 392 flg.; neuestens Bruns, Jahrb. f. gem. R. I. S. 119 flg., der den Nacherben — und Brinz, P. §. 193, welcher den Nacherben und Legataren jenes Recht bestreitet. Eine Verständigung ist bei der vagen Fassung der Quellen kaum je zu erwarten. Doch wird wohl de lege ferenda über die Zweckmäßigkeit der im Text befürworteten Rechtsmittel kaum viel Streit sein. Vgl. bes. Leist und Unger a. a. O. Nach preuß. Rechte ist allerdings das Bedürfniß weniger fühlbar, weil der Erbe schon mit dem bloßen Ablauf der gesetzlichen Fristen als unbedingter Erbe erscheint. Das Gleiche gilt vom französ. Rechte, wo derselbe Erfolg mit der Verurtheilung des Erben eintritt. Vgl. S. 12. Allein es liegt auf der Hand, daß durch diese Bestimmung der säumige Institut, Testamentserbe, nähere Intestaterbe u. s. f. zum Nachtheile des

Personen, welche offenbar das größte Interesse haben, sich bald Gewißheit über den Antritt oder den Verzicht des Erben zu verschaffen, das im §. 44 des Entw. gebotene Verfahren einschlagen und durch den provocirten gerichtlichen Ausspruch eine Entscheidung über den Antritt des nächstberufenen säumigen Erben herbeiführen. Indeß gerade das auf das Säumniß des Erben gesetzte und durch richterlichen Spruch in Wirksamkeit tretende Präjudiz: die Behandlung des nachlässigen Erben als (unbedingten) definitiven Erben wird für die oben gedachten Personen Beweggrund genug sein, dieses Verfahren nicht einzuleiten. Die Provocation wäre für sie wahrlich ein Schritt der Verzweiflung. So wird denn der saumselige Erbe auf Kosten der nachberufenen Erbsinteressenten geschützt! In dieser Beziehung sind die eventuellen Erben selbst nach dem bisherigen Rechte dem säumigen Erben gegenüber weitaus besser daran, indem dieselben nach den §§. 78, 120, 128 des Ges. vom 9. August 1854 vom Gerichte ohne Rücksicht auf die Rechte des Säumigen in den Besitz und Genuß der Erbschaft gesetzt werden, wenn gleich dem Letzteren die Geltendmachung seiner Ansprüche im Rechtswege durch die ganze Verjährungszeit hindurch vorbehalten ist*). Das Interesse der nachberufenen Erbsinteressenten fordert indeß einen ausgiebigen Schutz; es fordert dringend, daß ihnen das Gesetz die Möglichkeit biete, den nächstberufenen Erben unter Androhung des Verlustes des Erbrechtes zur Erklärung über die Annahme der Erbschaft inner-

---

eventuell berufenen Erben ohne Grund begünstigt wird. Für den Fall lit. c. hat übrigens auch das preuß. L. R. §. 495 I, 12 durch Fristsetzung vorgesorgt.

*) Vgl. Unger, Erbrecht §. 36, Note 14 und Verl. Abh. S. 128 flg., der selbst bei dem diesfälligen ziemlich günstigen Stande der gegenwärtigen Gesetzgebung den Mangel eines ausreichenden Schutzes der eventuell berufenen Erben beklagt, insofern der Erbschaftsbesitz der letzteren bis zum Ablauf der Verjährungsfrist kein definitiver ist. — Ueber die Tendenz des höchst unklar gefaßten §. 128 gibt die zum §. 76 des Pat. v. 28. Juni 1850 erlassene Erläuterung des Just. Min. v. 11. März 1852 Z. 64, Aufklärung. Vgl. Unger, Verl. Abh. S. 126, 127, Erbr. §. 36. Doch ist nicht zu läugnen, daß die vage Fassung des §. 128, insbes. die Worte „nach Maßgabe ihrer Ansprüche“ Zweifel darüber übrig lassen, ob durch denselben der Grundsatz des a. b. G. B. (§. 735. 738. 741. 744 u. a.), dem zufolge die Erbschaft nur in Ermanglung der nächst berufenen Klasse der entfernteren deferirt wird, modificirt werden sollte. Dies läugnet in einem sehr guten Aufsatze neuestens Křiž, Právník, V. S. 36 flg.

halb einer bestimmten Frist zu zwingen. In der Stellung eines solchen Präclusivtermins kann keine Beeinträchtigung des Erben gefunden werden, da derselbe innerhalb der selbstverständlich billig auszumessenden Frist gründlich genug untersuchen und erwägen kann, ob er die Erbschaft annehmen oder ausschlagen solle *).

Mit Recht verordnet daher das sächs. bürgerl. Gesetzbuch im §. 2266, daß das Erbschaftsgericht auf Antrag der Erbschaftsgläubiger und der Vermächtnißnehmer, ingleichen derjenigen, welche nach dem Wegfalle des Erben zur Erbfolge berechtigt sind, insbesondere der Nacherben und Anwärter dem Erben aufzulegen habe, innerhalb einer angemessenen, jedoch nicht unter zwei Monaten zu bestimmenden, nach Umständen zu verlängernden Frist bei Verlust seines Erbrechtes sich über die Antretung der Erbschaft zu erklären, auch wenn derselbe unter einer auf sein Handeln gestellten Bedingung eingesetzt ist, diese Bedingung zu erfüllen **).

Insofern als nach österr. Rechte (vgl. §. 684 bürg. G. B. dazu §. 10 des Entwurfes) auch der Erwerb des Vermächtnisses durch die Annahme desselben bedingt sein soll, ergäbe sich die Nothwendigkeit, auch den Legatsinteressenten die Möglichkeit zu bieten, den Legatar unter Androhung des Verlustes des Vermächtnisses zur Erklärung über die Annahme zu zwingen. Vgl. noch S. 35.

So gelangen wir denn in Ansehung des im Entwurfe beantragten Grundsatzes über den Erwerb der Erbschaft zu der Ueberzeugung, daß mit der übrigens sehr verkümmerten Nachahmung und Einführung des französischen Principes des Erbschaftserwerbs und des diesfallsigen Verfahrens nicht nur ein richtiger Grundsatz des bisherigen Rechtes unnöthiger Weise geopfert, sondern auch der Rechtszustand im Vergleich mit dem bisherigen auf eine weitaus schwankere und mangelhaftere Basis gestellt wird. Statt

---

*) Das gleiche Präjudiz gegenüber den Erbschaftsgläubigern und den übrigen Erbsinteressenten läßt sich durch das Bedürfniß einer thunlichst einfachen Regelung wohl begründen. Die Erbschaftsgläubiger leiden keinesfalls unter den Folgen der Ausschließung des Erben. A. A. zum Theil Mühlenbruch, 41, S. 392 flg.

**) Die Motive bezeichnen die gedachte, auf einer Erweiterung des Mandates vom 20. December 1766 beruhende Vorschrift für unbedingt nöthig. Vgl. Siebenhaar III. S. 298. Vgl. auch Unger a. O.

unter Beibehaltung des bisherigen Principes nur durch ein rascheres und einfacheres Verfahren und sachgemäße Ergänzung des bisherigen Rechtes sofort nach dem Erbanfall nach Thunlichkeit eine definitive Ordnung der Erbfolge anzustreben, wird ein in seiner Allgemeinheit juristisch bedenkliches, folgerichtig nicht ohne Gefährdung berechtigter Interessen durchführbares Princip adoptirt, die Herstellung einer definitiven Ordnung von dem Einschreiten von Personen abhängig gemacht, welche entweder zumeist gar kein Interesse an der Sache haben, oder welche den formellen Eintritt der dem Erben bereits richterlicher Seits in Aussicht gestellten Rechtswirknngen des unwiderruflichen und unbedingten Erbschaftserwerbes herbeizuwünschen, durchaus keinen Grund haben können. Das Mißliche der Procedur wird noch dadurch erhöht, daß der Entwurf — minder vorsorglich als sein französisches Vorbild — weder für pflegebefohlene Erben, deren Vertreter säumig sind, besondere Vorsorge getroffen hat, noch den bedingten Erbschaftsantritt und den Verzicht auf die Erbschaft in dem Falle ausschließt, wenn der Erbe außergerichtlich solche Handlungen vorgenommen hat, welche als eine ausdrückliche oder stillschweigende Annahme der Erbschaft angesehen werden müssen. Unseres Erachtens sollte der Entwurf unter Festhaltung des bisherigen Principes der Erbserklärung diesen Punkt der Erbsverhandlung in nachstehender Weise regeln: Die Erbschaft kann gerichtlich oder außergerichtlich, ausdrücklich oder stillschweigend angetreten werden. Der Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars kann nur in der gerichtlichen Erbserklärung geschehen. Die gerichtliche Aufforderung zur Erbserklärung und Ausweisung des Erbrechtes hat an den Berufenen unter Setzung einer angemessenen, nicht längeren als dreimonatlichen Frist und mit dem Beisatze zu erfolgen, daß — seine Erbberechtigung überhaupt vorausgesetzt — die Unterlassung der Erklärung binnen Jahresfrist vom Zeitpunkt der Verständigung als unbedingter Antritt der Erbschaft angesehen werden würde. Die Aufforderung hat an den wahrscheinlichen Erben, also an denjenigen zu geschehen, der nach der Todfallsaufnahme oder deren Ergänzung als der nächste gesetzliche Erbe erscheint, oder in einem formgerechten und nicht offenbar ungiltigen letzten Willen oder Erbvertrage zum Erben eingesetzt ist *). Die Aufforderung kann

*) Zuweit geht wohl der §. 123. Ges. von 1854, wenn er ganz allgemein die Berücksichtigung auch des Inhaltes des letzten Willens verordnet.

nach Ermessen des Gerichtes wiederholt erlassen werden. Aeußert sich der Erbe nicht innerhalb der ersten ihm gesetzten Frist, so soll ihm das Erbschaftsgericht über Antrag aller Erbsinteressenten oder doch mindestens der nachberufenen Erben und Anwärter auferlegen, sich binnen einer angemessenen erstreckbaren Frist (nicht unter drei Monaten) bei Verlust des Erbrechtes über die Antretung der Erbschaft zu erklären, auch wenn derselbe unter einer Potestativbedingung eingesetzt ist, diese Bedingung zu erfüllen *). Die Vertreter pflegebefohlener Personen sollen in beiden Fällen zur ausdrücklichen Erklärung vom Gerichte durch Zwangsmittel angehalten werden. Mit der Erbserklärung kann der Erbe unter Einem die Ausfertigung der Beurkundung seines Erbrechtes verlangen, unbeschadet der vor- oder nachher etwa vorzunehmenden Inventur. Wir brauchen nicht zu bemerken, daß der Impetrant in diesem sowie in allen übrigen Fällen, in denen um die Beurkundung eingeschritten wird, dem Gerichte die Belege der Erbberechtigung vorzulegen hat.

Zur Motivirung dieser Anträge bemerken wir Folgendes. Die gerichtliche Aufforderung zur Erbserklärung halten wir darum für sehr zweckmäßig, weil es im allgemeinen Interesse ist, daß die durch den Erbgang neu hervorgerufenen, mitunter verwickelten Rechtsverhältnisse möglichst rasch und in thunlichst offenkundiger und verläßlicher Weise geordnet werden. Dies ist bei einer sofort nach dem Todesfalle eintretenden gerichtlichen Intervention regelmäßig leicht und ohne Beschwerung der Parteien zu erreichen, zumal in Oesterreich, wo man Jahrhunderte lang gewohnt ist, den Nachlaß aus den Händen des Abhandlungsrichters zu empfangen. Wird hin-

---

Anders wenn es sich blos um gerichtsbekannte materielle Ungiltigkeitsgründe handelt, z. B. wenn das schriftliche Privattestament von einem Minderjährigen, der noch nicht das 18. Jahr zurückgelegt hat, herrührt. Vgl. dazu Unger, Erbr. §. 22. Note 5. Nach röm. Recht ist die Frage, ob der Richter bei der missio Hadriana auch auf innere, wenn gleich sofort erweisliche Mängel des Testaments Rücksicht nehmen darf, bestritten. Für die hier vertretene Ansicht vgl. Seuffert P. §. 583. Nr. 6 a); dagegen Vangerow II. §. 510.

*) Wesentlich von denselben Grundsätzen geht das neue sächsische bürgerl. G. B. aus, welches jedoch die gerichtliche Aufforderung zur Erbserklärung nicht kennt. Vgl. §§. 2251—2266. — Auch Unger, Erbr. §. 36. Anm. 17 bemerkt gelegentlich gegen das von Runde empfohlene Princip des preuß. Rechts, daß die praktische Zweckmäßigkeit des Grundsatzes, daß jede Erbschaft ipso jure erworben werde, noch sehr fraglich sei.

gegen von der gerichtlichen Intervention ganz abgesehen, so liegt bei der Unbeholfenheit und dem „Sichgehenlassen" des größten Theiles des Publikums in Rechtsangelegenheiten die Gefahr einer Verdunkelung der erbrechtlichen Verhältnisse nahe. Schwierigkeiten und Mängel, die anfänglich leicht behoben werden konnten, werden mit der Zeit schwer lösbar und bieten dann den Anlaß zu langwierigen Erbschaftsprocessen. So hat denn auch das Institut der Verlaßabhandlung in der That den — vielleicht einzigen — großen Vortheil, daß Erbschaftsprocesse in Oesterreich zu den Seltenheiten zählen. — Die gesetzliche Supposition, daß der Erbe nach dem fruchtlosen Ablauf eines Jahres als stillschweigend antretend zu gelten hat, wird in den nicht sehr häufigen Fällen, wo die richterliche Aufforderung — vielleicht gerade in Rücksicht auf das Präjudiz — erfolglos blieb, ein weiteres gerichtliches Verfahren überflüssig machen. Die gegen die Bestimmungen des preuß. Rechtes erhobenen Bedenken treffen unseren Antrag offenbar nicht, weil der Delat von den Rechtsfolgen der Ommission durch den gerichtlichen Erlaß wohl unterrichtet ist. Es versteht sich, daß die angedrohte Rechtsfolge nur dann eintritt, wenn der Aufgeforderte wirklich erbberechtigt ist. Fälle, wo die Aufforderung den rechten Delaten verfehlt und wo daher die Regulirung des Nachlasses von der Initiative des wahren Erben abhängt, werden übrigens nach der bisherigen Erfahrung selten vorkommen; jedenfalls wird auch in diesen wenigen Fällen keinem Rechte präjudicirt. — Sollte man es bedenklich finden, daß der Erbe schon mit dem Ablauf einer bestimmten Frist als antretend angesehen wird, so würden wir in zweiter Linie vorschlagen, daß das Gericht die Delaten nöthigenfalls wiederholt und unter angemessenen Geldstrafen zur gerichtlichen Erbserklärung aufzufordern habe. Zu rechtfertigen wäre hier das System der Ordnungsstrafen mit den oben angeführten Gründen mindestens eben so gut, wie in Handelssachen in Ansehung der Registrirungsverbindlichkeit. (§. 12. Einf. G. und Art. 12. H. B. G.) — Die Bestimmung über die Setzung einer Präclusivfrist bei Verlust des Erbrechtes ist bereits früher motivirt worden. — Der Antrag, daß der vollkommen handlungsfähige Erbe nach fruchtlosem Ablauf eines Jahres vom Zeitpunkt der gerichtlichen Aufforderung ohne weiteres gerichtliches Verfahren (ohne Urtheil) als unbedingt erbserklärter Erbe angesehen werden soll, dürfte vollkommen durch die Erwägung gerechtfertigt erscheinen, daß einerseits

jene Frist eine mehr als ausreichende ist, um sich über die Frage zu orientiren, ob die Erbschaft auszuschlagen oder mit Vorbehalt anzutreten sei, — andererseits ein besonderes Contumazverfahren und förmliches Erkenntniß über den Eintritt der Rechtswirkungen bei der blos declaratorischen Natur des Letzteren überflüssig erscheint. — Die vorbehaltlose Anerkennung der außergerichtlichen Erbserklärung endlich ist eine nothwendige Consequenz der Auflassung der zwangsweisen gerichtlichen Intervention und Immission bei Erbsverhandlungen *).

Wir hegen die Ueberzeugung, daß das eben motivirte Princip und Verfahren in praktischer Hinsicht sich besser bewähren dürfte, als der bisherige Grundsatz der österr. Legislation, welchem zufolge die Versäumung der Erklärungsfrist die Folge hat, daß der lässige Erbe stets nur vom gerichtlichen Einsaz präcludirt und der Nachlaß vom Gerichte successive den nächst berechtigten Erben eingeantwortet wird, wobei aber dem säumigen Erben die Geltendmachung seines Erbrechtes im Rechtswege noch durch die ganze Verjährungszeit vorbehalten ist. (Vgl. §§. 120, 128, 131 Pat. v. 1854, dazu Unger Verlaßabh. S. 124—129). Gestaltet sich doch dieses Verfahren praktisch meist so, daß der Erbe in Folge wiederholter Aufforderungen dennoch seinen Antritt erklärt, da die Säumniß regelmäßig in der Nachlässigkeit des Erben oder in dem Streben desselben sich die lästige gerichtliche Verhandlung so lange als möglich vom Leibe zu halten, ihren Grund hat und die Gerichte selbst die oftmalige Wiederholung der Aufforderung dem langwierigen und voraussichtlich oft erfolglosen Edictalverfahren begreiflicher Weise vorziehen. Eben dieser Erfolg soll nun ohne gerichtliche Mahnungen mit Ablauf einer bestimmten Frist von Rechtswegen eintreten. Die Zulassung einer Restitution wegen unverschuldeter Versäumung der Frist ist wohl bei der Länge derselben nicht zu empfehlen.

---

*) Der Entwurf (§. 7) berücksichtigt leider gerade so wie die bisherige Gesetzgebung (§. 799 a. b. G. B. §§. 115. 116. 121. Pat. v. 9. Aug. 1854) nur die gerichtliche Erbserklärung. Daß eine außergerichtliche Erbserklärung auch nach dem derzeitigen Stande der Legislation möglich sei, wird zwar von Vielen (vgl. Zeiller, Comm. II. S. 834 flg.; Stubenrauch II. S. 1053, dagegen jedoch S. 1095 Note 4.) nicht ohne den Schein der Wahrheit geläugnet, doch gewiß mit Unrecht. Vgl. insbesondere Unger, Erbrecht §. 36 Note 12. §. 42

§. 3.

Die Beurkundung des Erbrechts.

Nach dem Entwurfe wird die Rechtsnachfolge durch Erbschaft oder Vermächtniß vom Erbschaftsgerichte über Ansuchen des Erben, des Vermächtnißnehmers oder eines dritten, der ein rechtliches Interesse daran hat, beurkundet, wenn dieselbe nachgewiesen und unbestritten ist (§. 10).

Derjenige, über dessen Rechtsnachfolge eine Beurkundung von dem Erbschaftsgerichte ertheilt wurde, hat für Jedermann als Erbe oder Vermächtnißnehmer nach dem Inhalte derselben so lange zu gel-

---

Note 4. So ist namentlich in dem Falle, wenn der wahre Erbe gegen den gerichtlichen immittirten Erben mit der Erbschaftsklage obsiegt, nach der Anordnung des §. 180 des Pat. v. 9. Aug. 1854 eine neuerliche Verlaßabhandlung mit dem Sieger, insbesondere also eine förmliche Erbserklärung desselben und eine nochmalige Einantwortung des Nachlasses absolut ausgeschlossen und in der That auch überflüssig. Die Klage involvirt die Erbserklärung, das Urtheil vertritt die Einantwortung. Nicht anders liegt die Sache, wenn der gerichtlich anerkannte Erbe die Erbschaft dem Erbprätendenten gutwillig ausfolgt. Der Satz des §. 797 u. 799 a. b. G. B. leidet hier unzweifelhaft insoferne eine Ausnahme als eine gerichtliche Immission des Erben im Wege der sog. Verlaßabhandlung nie stattfindet. Ueber Substitutionsfälle vgl. §. 174. Pat. v. 9. Aug. 1854. Doch entsteht hier die im Gesetze nicht vorgesehene Frage, in welcher Weise sich der Erbe die Rechtswohlthat der beschränkten Haftung verschaffen könne? Wir stimmen vollkommen der Ansicht Unger's Erbr. §. 42 Note 4 bei, daß sich der Erbe nur durch Entgegennahme der Erbschaft unter richterlicher Inventarisirung gegen die unbeschränkte Haftung schützen könne. Uebernahme ohne Inventar hätte ohne weiters den Eintritt der Regel: die unbedingte Haftung des Erben zur Folge. Dagegen scheint uns außer den oben angeführten Fällen eine außergerichtliche Erbserklärung nicht zulässig. Wer sich factisch als Erbe gerirt, muß nach §§. 797, 799 b. G. B. und §§. 35, 48, 145 des Pat. v. 9. Aug. 1854 als Usurpator der Erbschaft angesehen werden, dem nicht nur jede Verfügung mit dem Nachlasse vom Erbschaftsgerichte zu untersagen ist, sondern der auch, wenn er die ihm vom Gerichte gesetzte Erklärungsfrist versäumt, den Besitz der Erbschaft den successiv zu immittirenden nachberufenen Erben abtreten muß. Vgl. §§. 120, 128, 130, Pat. v. 9. Aug. 1854. Anderer Meinung ist Unger Erbr. §. 36 S. 148, 149. — Ganz unwissenschaftlich Helm a. O. S. 207; ihm ist das Erforderniß der ausdrücklichen Erbserklärung darum „nichts Befremdendes, weil (?) das Erbrecht kein sogen. natürliches, sondern ein positiv gesetzliches Recht ist".

ten als die Beurkundung nicht im ordentlichen Rechtswege entkräftet wird (§. 11). Wer glaubt, ein Recht behaupten zu können, das einer vom Erbschaftsgerichte ertheilten Beurkundung widerstreitet, hat dasselbe vor dem zuständigen Gerichte im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen. Dritte Personen, welche im Vertrauen auf die vom Erbschaftsgerichte ertheilte Beurkundung redlich *) gehandelt, können jedoch nicht mehr in Anspruch genommen werden (§. 12). Der Erbe oder Vermächtnißnehmer, welcher die Uebertragung der Rechte des Erblassers in den öffentlichen Büchern bewirken will, hat der Grundbuchsbehörde die ihm von dem Erbschaftsgerichte ertheilte Beurkundung vorzulegen. (§. 13.) Wer bei dem Erbschaftsgerichte um die Ertheilung einer Beurkundung ansucht, hat die zur Beurtheilung der behaupteten Rechtsnachfolge nöthigen Beweise, falls dieselben nicht schon bei dem Gerichte vorhanden sind, vorzulegen (§. 46.)

In der dem Erben oder dem Vermächtnißnehmer zu ertheilenden Beurkundung ist die Grundlage anzugeben, auf welcher sie beruht**). Die Beurkundung des Erbrechts hat auch den Umfang desselben (nicht auch den höchst wichtigen Umstand, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet?) zu bestätigen. (§. 47)***).

Die eben angeführten Bestimmungen d. Entw. erscheinen (von redactionellen Ungenauigkeiten und der unzweckmäßigen Ordnung des Stoffes abgesehen) zum großen Theile der Natur der Sache angemessen. Auch das preußische Recht spricht von „Erblegitimationsattesten," welche das Erbschaftsgericht dem Erben, der sein Erbrecht ausgewiesen, auszustellen hat. Namentlich bedürfen derselben Intestaterben, behufs der bücherlicheu Umschreibung der ererbten Rechte. (Vgl. §§. 482—493. I. 9, Pr. O. V. §. 4. u. Hyp. O. II. §. 72, dazu Gruchot I. S.

---

*) Die Worte des Entwurfs „im Vertrauen" und „redlich" enthalten eine störende Tautologie.

**) Soll wohl heißen: Der Grund, auf dem das Erbrecht beruht? Was übrigens die „Grundlage" bei Vermächtnissen zu bedeuten hat, ist nicht recht einzusehen, wenn nicht etwa ungenauer und überflüssiger Weise die Form desselben gemeint ist.

***) Richtiger wohl: zu bezeugen. Daß der §. 47 nicht verordnet, daß auch die Art der Haftung des Erben in der Beurkundung des Erbrechtes constatirt werden solle, beruht wahrscheinlich auf einem Versehen? Zweckmäßig ist die diesfällige Anordnung des §. 174 des Pat. v. 9. Aug. 1854.

233—235; Förster, Hypoth. O. S. 95.). Ebenso gibt der hessische Entwurf (Art. 245) dem Erben das Recht, die Ausstellung einer solchen „Beurkundung" zu fordern. Auch die sächsische V. O. v. 9. Jänner 1865 §. 19. erwähnt eines dem Intestaterben auszustellenden „Zeugnisses" des Erbschaftsgerichtes, daß ihm ein gleich oder besser berechtigter Erbe nicht bekannt sei (Siebenhaar III. S. 416). Erfahrungsmäßig wird durch derartige amtliche Beurkundungen des Erbrechts (in Oesterreich „Einantwortungs-Urkunden" genannt) nicht nur die Herstellung der bücherlichen Ordnung wesentlich gefördert und dem Erben die Legitimation erleichtert, sondern es werden auch dritte Personen, die sich mit dem Erben in Rechtsgeschäfte einlassen müssen, der Nothwendigkeit der oft nicht leichten Prüfung der Legitimation desselben enthoben*). Nicht das an sich nur zu billigende Princip der amtlichen Legitimation des Erben, sondern nur die mißbräuchliche Anwendung oder die verkehrte Durchführnng desselben verdient den scharfen Tadel, den namentlich Koch Privatr. II. §. 868 im E. mit gutem Grunde gegen das Legitimationsverfahren nach preußischem Recht erhoben hat.

Befürworten wir nun im Allgemeinen die bezüglichen Vorschriften des österr. Entwurfs, so vermissen wir doch manche für die Sicherheit der Rechte der Erbsinteressenten unerläßliche Vorsichtsmaßregel. Zunächst billigen wir es vollkommen, daß nicht nur die Erben und Vermächtnißnehmer, sondern Jedermann, der ein rechtliches Interesse daran hat, insbesondere also die Gläubiger des Erben um die Beurkundung der Erbfolge ansuchen können (§. 7). Diese Vorschrift in Verbindung mit der Anordnung des §. 25 des Entw. füllt eine bedenkliche Lücke des bisherigen Rechtes aus. Nach diesem (§. 822 a. b. G. B.) können „Gläubiger des Erben das ihm angefallene Erbgut auch noch vor der an ihn erfolgten Einantwortung mit Verbot, Pfändung und Vormerkung belegen. Eine solche Sicherstellung kann jedoch nur mit dem Vorbehalte ertheilt werden, daß sie den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnach-

---

*) Im gemeinen Rechte ist namentlich die Frage bestritten, ob derjenige, der als Intestaterbe eine Erbschaftsschuld einklagt, lediglich sein eigenes Verwandtenverhältniß oder auch das Nichtdasein anderer näherer Verwandten beweisen müsse. Vgl. hierüber Bähr, Jahrb. für Dogmat. I. S. 479 flg.; Seufferts Arch. 12. B. Nr. 305.

theilig und erst vom Zeitpunkt der Einantwortung wirksam sein solle." Vgl. dazu Hofd. v. 3. Juni 1846 Z. 968 J. G. S. Hiernach können die Gläubiger des Erben allerdings vor der Einantwortung der Erbschaft auf die dem Erben angefallenen unbeweglichen Güter ein Pfandrecht erwerben, welches sie nach erfolgter Einantwortung des Nachlasses an den Erben und nach Löschung des Vorbehaltes des §. 822 a. b. G. B. behufs ihrer Befriedigung ohne Anstand realisiren können *). Sobald jedoch die Erbschaft dem Erben eingeantwortet ist, können die Gläubiger desselben nach dem bestimmten Wortlaut der §§. 432, 445 und 451 des a. b. G. B. und des Hofdec. v. 26. Febr. 1819, Z. 1548 auf die ihrem Schuldner erblich angefallenen, jedoch noch auf den Namen des Erblassers geschriebenen unbeweglichen Güter keinerlei Sicherstellung erwirken **). So ergibt sich denn das gewiß ganz merkwürdige Resultat, daß die Gläubiger des Erben vor der Einantwortung des Nachlasses an denselben vortheilhafter gestellt sind, als nach der Einantwortung! Ist es überhaupt ein ein durch die Halbheit und den innern Widerspruch der im a. b. G. B. angenommenen Theorie des Erwerbs dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen herbeigeführter Uebelstand, daß die Gläubiger auf die nur im Naturaleigenthum des Schuldners befindlichen Immobilien nicht greifen können, so tritt dieser Uebelstand beim Erwerbe durch Erbgang um so schärfer hervor, als sich derselbe in diesem

*) Die in der Praxis streitige Frage, ob dem Gläubiger des Erben — geeignete Urkunden vorausgesetzt — nach §. 822 stets nur die Pränotation oder auch die Einverleibung beziehentlich selbst die executive Intabulation bewilligt werden soll, wurde neuestens vom k. k. obersten Gerichtshofe mit Recht in letzterem Sinne entschieden (vgl. Entsch. v. 28. Mai 1861 in Unger — Glaser's Samml. N. 1333), da die Rechte der Erbsinteressenten bei dem Vorbehalt des §. 822 durch die Einverleibung ebenso wenig beeinträchtigt werden als durch Vormerkung. Die Frage, ob Intabulation oder Pränotation — betrifft lediglich das Verhältniß zwischen Pränotanten und Pränotaten. Vgl. auch Stubenrauch II. S. 1091. Note *.

**) Zwar könnte man aus den Worten des §. 822: „Gläubiger des Erben können zwar das ihm angefallene Erbgut auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung belegen" das Gegentheil abzuleiten versuchen. Indeß die kategorische Vorschrift des oben angeführten Gesetzes vom 26. Februar 1819 gestattet einen solchen Schluß nicht. Man vgl. d. Entsch. d. obersten Gerichtshofes in Nr. 149 u. 150 Ger. Zeit. 1860.

Falle in Anbetracht der Vorschrift des §. 822 cit. zu einer auffälligen Unfolgerichtigkeit steigert *). Diesem Mißstande soll nun wohl durch die §§. 7 und 25 des Entwurfes abgeholfen werden. Diesen zufolge können nämlich die Gläubiger auch an jenen ihrem Schuldner durch Erbschaft oder Vermächtniß **) zugefallenen Gütern und Rechten, welche den Gegenstand eines öffentlichen Buches bilden, ein Pfandrecht erwerben, noch ehe die bücherliche Eintragung der Rechte ihres Schuldners stattfand, „wenn sie der Grundbuchsbehörde die Urkunden vorlegen, auf Grund welcher die Vormerkung der Rechte ihres Schuldners erfolgen könnte, und wenn sie zugleich ihre Berechtigung zur Erlangung eines bedingten oder unbedingten Pfandrechtes nachweisen ***). Das dadurch erworbene Recht soll aber erst dann wirksam werden, wenn die grundbücherliche Einverleibung der Rechte ihres Schuldners erfolgt, oder wenn sie der Grundbuchsbehörde die vom Erbschaftsgerichte ertheilte Beurkundung über die Rechtsnachfolge ihres Schuldners vorlegen." Wir gestehen, daß wir diese sonderbare Formulirung eines an sich richtigen Grundgedankens nicht wohl begreifen. Nach der Fassung des §. 25 muß angenommen werden, daß den Gläubigern des Erben je nach Maßgabe des Inhaltes und der Form der Urkunde nicht blos die Vormerkung, sondern auch die Einverleibung ihrer Forderungen bewilligt werden könne. Anderseits soll dieser Erfolg von der Vorlage der-

---

*) Wohl hat der k. k. oberste Gerichtshof in Abänderung der unterricht. Entsch. mit der E. v. 30. Dec. 1857 in Unger-Glaser's S. Nr. 494 die Execution eines Reales, welches keine bücherliche Einlage hatte, nach Analogie der für Fahrnisse bestehenden Vorschriften gestattet. Allein ganz anders steht der Fall, wenn das Reale eingetragen, und nur nicht auf den Namen des Schuldners geschrieben ist. Daß übrigens auch im österr. Rechte trotz des scheinbar entgegenstehenden §. 431 A. B. G. B. das Naturaleigenthum anerkannt werden müsse, habe ich an einem anderen Orte zu beweisen versucht. Vgl. jedoch auch O. Plathner, Hyp. Verfassg. S. 7. flg.

**) Hiermit wäre die in der Praxis bestrittene Frage, ob das Rechtsmittel des §. 822 auch den Gläubigern des Legatars zukomme, sachgemäß entschieden. Man vgl. die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Nr. 1807, 1808, 1820 der Unger-Glaser-Walther'schen Sammlung für die Bejahung und in Nr. 1695 für die Verneinung der Frage.

***) Richtiger würde wohl die Fassung lauten: und wenn sie die übrigen Voraussetzungen der Vormerkung oder Eintragung des Pfandrechtes nachweisen.

jenigen Urkunden abhängen, auf Grund deren die Vormerkung der Rechte des Erben erfolgen könnte. Es fragt sich nun, welche Urkunden hier gemeint seien? Ohne Zweifel hatte man letztwillige Anordnungen, Geburtszeugnisse, wohl auch von Gericht angenommene Erbserklärungen vor Augen, durch deren Vorlage der Anfall des betreffenden unbeweglichen Gutes an den Erben oder Legatar dargethan werden soll. Allein hiebei wurde übersehen, daß dies nach dem durch den Entwurf nicht modificirten Stand unserer Gesetzgebung durchaus nicht solche Urkunden sind, auf Grund deren der Erbe oder Legatar die Vormerkung seines Rechtes erwirken kann.*) Die Fassung des §. 25 ist daher eine unrichtige und nach Umständen irreführende.

Eine weitere Lücke des Entwurfes ist die, daß derselbe (§. 46) keine näheren Bestimmungen darüber enthält, was der Erbsinteressent nachzuweisen habe, um die Beurkundung des Erbrechtes zu erlangen. Mit Rücksicht auf den Umstand, daß es sich nur um die Bescheinigung des wahrscheinlichen Erbrechtes handelt, vorbehaltlich des im Rechtswege darzuthuenden besseren Erbrechtes, wäre es sachwidrig, auf einen strengen Beweis zu dringen. Es wird für genügend erachtet werden dürfen: a) bei Testaments- und Vertragserben die Vorlegung des rechtsförmlichen und was den Inhalt betrifft, nicht offenbar ungiltigen Testamentes oder Erbvertrages, vgl. S. 26 Note *); b) bei Intestaterben der durch Geburtsscheine zu führende Beweis des Verwandtschaftsverhältnisses, nicht auch der Beweis, daß kein Testament vorliegt, oder daß nicht nähere (gleichnahe) Intestaterben vorhanden sind **). Nur dann, wenn einer

---

*) Es ist nämlich nicht zu ersehen, daß die Vorschrift der §§. 436 und 437 A. B. G. B., nach welcher nur die gerichtlichen Einantwortungsurkunden als geeignete Substrate des bücherlichen Eintrags erscheinen, durch den Entwurf aufgehoben werden soll; im Gegentheile geht aus dem §. 13 des Entw. hervor, daß lediglich an die Stelle der Einantwortungs- resp. Bestätigungsurkunde (§§. 177, 178 des Pat. v. 9. Aug. 1854) die Beurkundung des Erbrechts resp. des Vermächtnisses zu treten hat. — Der erste Absatz des §. 437 B. G. B. hat wohl die wörtliche Totaleintragung der Testamente in die öffentlichen Bücher vor Augen, wie solche ehedem in einzelnen Ländern vorgeschrieben war. Vgl. die verneuerte L. O. v. 1627 O. IX. X. Vgl. hierüber Lud. Fr. v. Haan, Studien über das Landtafelwesen, S. 9. 62. und Hasner, Landtäfl. Vfahr. §. 324.

**) Vgl. auch §. 123 G. v. 1854, und die §§. 2295—2299 des sächs. G. B.; über die gemeinrechtliche Praxis Gruchot I, S. 224—234. Die bezüglichen

der eben genannten Umstände erwiesen ist, muß der gesetzliche Erbe auch noch darthun, daß dieselben seinem Erbrechte nicht entgegenstehen. Auf Grund einer mangelhaften letzten Willenserklärung kann die Beurkundung nur dann ertheilt werden, wenn die nächstberufenen Erben denselben anerkennen*). Die Beeidigung der Zeugen eines mündlichen Testamentes ist nicht zu fordern. — Dem Ermessen des Richters muß aber überlassen bleiben, ob von dem förmlichen Beweise des Verwandtschaftsverhältnisses durch öffentliche Zeugnisse Umgang zu nehmen sei, wenn dieses Verhältniß gerichtsbekannt ist oder die Angaben der Todfallsaufnahme vollkommen vertrauenswürdig sind. Wir befürworten dies mit Rücksicht auf die bedeutenden Kosten eines solchen Beweises und die Erfahrung, daß die Handhabung der ähnlichen Vorschrift des §. 123 Ges. v. 1854 keine Uebelstände zur Folge gehabt hat. Verlangt man doch auch bei dem gemeinrechtlichen possessorischen Rechtsmittel des gerichtlichen Einsatzes nur die Bescheinigung, nicht den Beweis des Erbrechtes. Vgl. hierüber, sowie über die Nothwendigkeit des freien arbitrium Leist, B. P. II. S. 490—496, Sintenis pract. Civilr. III. §. 193. 1).

Nicht unbedenklich finden wir die Bestimmung des zweiten Absatzes des §. 10 des Entwurfes, daß bei Beurkundung des Vermächtnißrechtes die Annahme des Vermächtnisses insbesondere darzuthun ist**). Wird nämlich im Entwurfe der dem österreichischen Rechte fremde Grundsatz angenommen, daß zum Erwerb des Vermächtnisses die Annahme desselben (analog der

---

Vorschriften des preuß. L. R. §§. 482—493 I. 9 sind entschieden vergriffen. Sie verursachen nach dem Zeugnisse der erfahrensten Juristen unendliche Schwierigkeiten, große Kosten, und sind oft gar nicht durchführbar. „Zuletzt wird der Bestimmung doch nicht entsprochen, sondern der Knoten zerhauen." Koch II, §. 868 Note 12. Dieß Urtheil billigt Gruchot, I, S. 218 und Unger, Verlaßabh. S. 31.

*) Zu weit geht der hessische Entw. (Art. 245), der diese Anerkennung in allen Fällen, auch bei förmlichen Testamenten fordert.

**) Nicht genau ist die Fassung des übrigens selbstverständlichen Nachsatzes des zweiten Absatzes des §. 10. Wenn nämlich der Vermächtnißnehmer selbst um die Ertheilung der Beurkundung einschreitet, so wird die Annahme nicht „vorausgesetzt," sondern dieses Einschreiten enthält vielmehr die (stillschweigende) Annahme.

Erbsantretung) erforderlich sei,*) so ergibt sich auch sofort die Nothwendigkeit, den Interessenten (insbesondere den Substituten, Onerirten und den Gläubigern des Legatars) ein Mittel zu gewähren, um den berufenen Legatar zur Erklärung über die Annahme oder die Ausschlagung des Legats zu zwingen. Insbesondere sind es hier auch die Gläubiger des Legatars, denen daran liegt, die Annahme des Legatars constatiren zu können, da davon die Wirksamkeit der auf das angefallene Vermächtniß erwirkten Sicherstellungen derselben (§. 822 b. G. B. und §. 25 des Entwurfes) abhängt. Kehrt man nicht — was wir befürworten möchten — zu dem Grundsatze des

*) Bekanntlich findet nach römischem Recht (L. 77. §. 3 D. de leg. II.) der Erwerb des Vermächtnisses ipso jure (ohne eine Handlung des Legatars) statt, ein Grundsatz, den auch der Code civ. art. 924 (dazu Frey III, §. 788), das preußische Landrecht (§§. 367, 368 I. 9 und §. 288, I. 12, dazu Gruchot I. S. 558—560) und das sächs. Ges. B. §. 1426 und 1427 adoptirten. Nach österr. Recht (§§. 650, 684, 689 B. G. B.) soll dagegen eine ausdrückliche oder stillschweigende Annahme zum Erwerbe erforderlich sein. Vgl. besonders Unger, Erbrecht §. 62 Note 2. Die Commentatoren sprechen sich nicht bestimmt darüber aus. Die Bemerkungen Zeiller's II. S. 391 und Stubenrauch's I. S. 883, gestatten den Schluß, daß sie derselben Meinung sind. Wir vermögen uns dieser Ansicht nicht anzuschließen. Denn im §. 650 sind die Worte „nicht annehmen" nur eine Variation des technischen Ausdruckes „ausschlagen." Die bezügliche Fassung des §. 689 ist wörtlich dem preuß. L. R. §. 366. I. 12 entlehnt, nach welchem Legate gewiß von Rechtswegen erworben werden. So bleibt denn nur der §. 684 übrig, und da ist es eben die Frage, ob unter dem „Rechte auf das Vermächtniß" nicht etwa das Recht „auf die vermachte Sache" (Forderungsrecht) gemeint sei. Letzteres behaupten wir, einerseits mit Rücksicht auf den Umstand, daß diese so wesentliche Abweichung vom röm. Rechte, welches vordem Geltung hatte (s. Jordan, Syst. Darst. 1795 §. 88), gewiß ebenso bestimmt hervorgehoben worden wäre, wie die andere in demselben §. 684 enthaltene Aenderung; anderseits, weil die Vergleichung des §. 472. II. westgal. G. B. mit dem §. 684 ergibt, daß in diesem — im Gegensatze zu der noch im §. 472 cit. angenommenen römischrechtlichen Theorie — nur gesagt werden wollte, daß der Legatar mit dem Tode des Erblassers nicht schon das Eigenthum der legirten Sache, sondern nur den obligatorischen Anspruch darauf erwirbt. Endlich würde nach jener Auslegung im §. 684 gesagt sein: es werde ein „Recht auf das Vermächtnißrecht" (d. i. das Recht, das Legat anzunehmen oder auszuschlagen) erworben, — eine Satzfügung, die dem Gesetze nicht ohne zwingende Gründe unterlegt werden darf. Die hier vertheidigte Auffassung ist auch die des Zürcher G. B. §. 2088 (dazu Bluntschli, P. R. §. 242, 3) und des hessischen Entw. a. 286.

bisherigen (röm. resp.) Rechtes (Erwerb des Vermächtnisses von Rechtswegen) zurück, so ergibt sich im Interesse der raschen und definitiven Ordnung der Verhältnisse die Nothwendigkeit, die Nichtausschlagung des Legats innerhalb einer bestimmten Frist (etwa von sechs Monaten nach der Verständigung) als stillschweigende Annahme anzusehen oder doch mindestens im Interesse der Betheiligten, die Setzung einer Deliberationsfrist mit der Sanction des Verlustes des Legates zu gestatten*).

Der Billigkeit entsprechend verordnet im principiellen Einklang mit dem übrigens zu enge gefaßten §. 824 des b. G. B. der §. 11 des Entwurfs, daß diejenigen, welche mit dem durch das Gericht legitimirten vermeintlichen Erben bis zur Entkräftung der Beurkundung im guten Glauben Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, vom rechten Erben nicht mehr in Anspruch genommen werden können. — Doch geht wohl dieser Schutz Dritter auf Kosten des wahren Erben insofern zu weit, als hiernach selbst Rechtsgeschäfte, durch welche Erbschaftssachen unentgeltlich veräußert oder Erbschaftsschulden unentgeltlich erlassen wurden, aufrecht erhalten werden**). — Passender Weise könnte in den §. 11 des Entw. noch eine Bestimmung des Inhaltes aufgenommen werden, daß dem redlichen Erbschaftsbesitzer der nothwendige und nützliche Aufwand unbedingt ersetzt werden muß. Denn die Behandlung desselben nach den diesfälligen Vorschriften über den redlichen Sachbesitzer (§§. 824. 331. 332. b. G. B.) ist gewiß sachwidrig und unbillig***).

*) Sachgemäßer wäre wohl das Präjudiz des Verlustes, wenn Nachberufene — und das Präjudiz der Annahme, wenn Gläubiger des Erben das spatium deliberandi beantragen. Aus den bereits früher (Note * S. 25) in Ansehung des Erbsantrittes angeführten Gründen befürworten wir jedoch die Gleichheit der Rechtsfolgen in beiden Fällen. Vgl. auch Mühlenbruch, B. 41, S. 396.

**) Vgl. dagegen die wohlbegründeten Bemerkungen Unger's Verlaßabh. S. 193, Note 3, S. 199 und Erbrecht §. 40, Note 22 (Nachtrag). Auch die §§. 495, 496 I. 9. des preuß. L. R. und des §. 2322 des sächs. G. B. beschränken die Unanfechtbarkeit auf entgeltliche Rechtsgeschäfte. Nach der allgemeinen Fassung des §. 11 des Entw. wäre auch der redliche Erbschaftskäufer gegen die Erbschaftsklage des wahren Erben gesichert, — eine Anordnung, deren Folgerichtigkeit sich kaum bestreiten läßt. Vgl. über diesen Punkt Unger, Erbr. §. 50 Note 8. — Eine ähnliche Stellung wie der legitimirte Erbe hatte im röm. Recht der bon. possessor sine re, den allerdings das Justinian. Recht nicht mehr kennt, obgleich Spuren zurückblieben. Vgl. Leist II, §. 151.

***) Vgl. Unger, Erbr. §. 52 Note 10. L. 38. 39. D. 5. 3.

Für sachgemäß erachten wir im Ganzen die Bestimmungen der §§. 49—51 des Entwurfes für den Fall streitiger Erb- oder Vermächtnißrechte. Ist nämlich das Recht des Erben oder Vermächtnißnehmers bestritten, so hat das Erbschaftsgericht, wenn der Widerspruch nicht nach Vernehmung der Parteien behoben wird, eine übrigens erstreckbare Frist zu bestimmen, innerhalb deren die Rechtsnachfolge desjenigen, dessen Anspruch das Erbschaftsgericht für besser begründet ansieht, vor dem zuständigen Gerichte (welchem?) im ordentlichen Rechtswege anzufechten ist, widrigens die Beurkundung ertheilt wird*). — Die Verweigerung der letzteren bei rechtzeitiger Einbringung der Klage rechtfertigt sich schon durch die wichtigen Rechtswirkungen, welche die Ausstellung dieser Erblegitimation zur Folge haben kann. Vgl. §. 11 des Entwurfes. — Indeß vermissen wir eine Bestimmung darüber, wer provisorisch in den Besitz der Erbschaft gesetzt werden soll, beziehentlich unter welchen Voraussetzungen die Sequestration des Nachlasses verlangt werden kann? Was zunächst die Frage der Besitzeinweisung betrifft, so befürworten wir, daß das Gericht in diesem Falle im Einklang mit dem obigen Principe (über Antrag) jener Partei den Besitz des Nachlasses einräumen solle, für welche die Wahrscheinlichkeit des Erbrechts spricht **). Die Entscheidung hierüber hätte nach denselben Grundsätzen zu erfolgen, welche oben für den Nachweis zum Zwecke der Beurkundung aufgestellt wurden, und zwar ohne Rücksicht auf die Bestreitung der Echtheit des letzten Willens. (Vgl. Unger, Verlaßabh. S. 200.) Den jeweiligen factischen Besitz des streitigen Nachlasses zur alleinigen Grundlage der provisorischen Regelung zu machen, wie dies das preuß. L. R. I. 12. §§. 243. 244 thut, ist

---

*) Doch möchten wir im §. 50 nicht den Zeitpunkt der Ausfertigung der Beurkundung, sondern des Einschreitens darum als maßgebenden Präclusivtermin empfehlen, da außerdem zu viel von der Willkür des Erbschaftsrichters abhängig gemacht wird. Consequent sollte ohnedies der Ablauf der Frist entscheidend sein.

**) Vgl. auch Unger Verlaßabh. S. 193. Aehnlich und ganz allgemein §. 2323 des sächs. bürgerl. G. B. Die Inappellabilität des Einweisungsdecretes, die Unger, a. O. befürwortet, halten wir für höchst bedenklich. Für die Anfechtbarkeit desselben im Berufungswege spricht auch der Umstand, daß sich die Parteien regelmäßig bei der rechtskräftigen Entscheidung im außerstrittigen Wege zu beruhigen pflegen, da im Erbschaftsprocesse selten neue entscheidende Beweismittel vorgebracht werden.

bedenklich, da es regelmäßig Sache des Zufalls ist, ob dieser oder jener Erbprätendent den Besitz des Nachlasses erlangt hat *). In den meisten Fällen wird dies Provisorium auch zum Definitivum werden. — Vor der Einleitung des Erbschaftsprocesses, sowie während der Anhängigkeit desselben, soll ferner die Sequestration des streitigen Nachlasses (auf Antrag) unter der Voraussetzung bewilligt werden, daß eine Partei einen unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schaden zu befürchten hätte **). — Endlich halten wir es für wünschenswerth, daß dem Richter, ähnlich wie in dem freilich unglücklich gefaßten §. 126 des Pat. v. 9. August 1854 eine Anleitung gegeben werde, welche der streitenden Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen sei. Statt des zweiten Absatzes des §. 126 cit. beantragen wir nachstehende Bestimmung: Gegen den in einem späteren Testamente eingesetzten Erben hat der in einem früheren Testamente berufene Erbe, gegen den näher verwandten gesetzlichen Erben der entferntere als Kläger aufzutreten. Sind die Testamente nicht datirt, oder von gleichem Datum, oder ist es zweifelhaft, welche von mehreren Personen der Erblasser berufen wollte, so entscheidet das Loos ***).

Besondere Beachtung fordern die Vorschriften über die zur bücherlichen Vorschreibung des Erben erforderlichen Legiti-

---

*) Man bemerke, daß es sich nur um die außerstreitige Regelung des provisorischen Besitzes während des Erbschaftsprocesses handelt.

**) Man vgl. §§. 555—557 des Entwurfes einer allgem. deutsch. Civilproceßord. und die gleichlautenden §§. 610—613 des österr. Entwurfes. Die im §. 127 des Pat. v. 9. Aug. 1854 normirte unbedingte Zulässigkeit der Sequestration bei rechtzeitiger Ueberreichung der Erbrechtsklage, sofern nicht einem Theil bereits die Verwaltung des Nachlasses eingeräumt wurde, läßt sich kaum rechtfertigen. Darüber, daß im zweiten Absatze des §. 127 cit. nur der §. 293 (und nicht der §. 292) A. G. O. verstanden werden könne, vgl. statt Aller Unger Erbrecht §. 40 Note 15. Derjenige, dem durch das Los die Rolle des Beklagten zugefallen ist, wäre auch über Antrag in den Besitz des Nachlasses einzuweisen.

***) Die Meinung Unger's, Verlaßabh. S. 131 Note 14, Erbr. §. 50 Note 4, daß bei undatirten oder von gleicher Zeit datirten Testamenten jede Partei gegen die andere als Kläger auftreten müsse, vermögen wir weder de lege lata noch de lege ferenda zu theilen. Abgesehen davon, daß der Proceß überflüssiger Weise verdoppelt wird, ergibt sich auch nach jener Ansicht die Möglichkeit, daß beide Theile obsiegen. Und was dann? Für die Entscheidung durch das Loos vgl. §§. 835, 841 b. G. B., Kißling Handb. d. Gerichtsbarkeit a. St. S. 22 und Unger selbst I. §. 70 Note 6.

mationsurkunden. Die diesfälligen Vorschriften der ausländischen Gesetzgebungen eignen sich hier wenig zur Nachahmung, theils wegen der grundsätzlichen Verschiedenheiten der Wirkungen des bücherlichen Eintrages, theils wegen des geringen Maßes der Zweckmäßigkeit der bezüglichen Anordnungen *). Wir billigen es vollkommen, daß der Eintrag des Erben oder Legatars nur auf Grund der vom Erbschaftsgerichte ausgefertigten Beurkundung des Erbrechtes oder Vermächtnisses erfolgen darf. Die Prüfung der Legitimation der Tabularinstanz zuzuweisen, widerspricht dem im Tabularverfahren mit Recht festgehaltenen Grundsatze, daß der Eintrag nur auf Grund vollbeweisender Urkunden erfolgen könne, und daß sich der Tabularrichter thunlichst jeder Entscheidung zweifelhafter Präjudicialfragen zu enthalten habe. Wenn wir bei der Bestimmung des §. 13 eine Modification wünschen, so ist es zunächst die: daß dem Erben freigestellt werde, um die Verbücherung des ererbten Rechtes bei dem Erbschaftsgerichte oder bei der Grundbuchsbehörde einzuschreiten.

---

*) Nach preuß. Rechte hat der Intestaterbe ein Legitimationsattest des Nachlaßrichters, der Vertragserbe den Erbvertrag, der Testamentserbe das Testament im Original oder beglaubigter Abschrift, sei es dem ganzen Inhalte nach, sei es im Auszug mit dem Attest des Nachlaßgerichtes, daß weitere hierauf sich beziehende Bestimmungen nicht darin enthalten seien, und daß das Testament publicirt worden sei, — der Legatar endlich die Einwilligung des Erben dem Hypothekenamte vorzulegen. Vgl. §§. 66—73 II. Hypoth. O. und Gesetz v. 24. Mai 1853, dazu F. Förster, Allgem. Hypothekenordnung (2. Aufl.) S. 92—97; von Haan, Landtafelwesen S. 63. Ueber das Legitimationsverfahreu des Intestaterben vor dem Nachlaßgerichte, vgl. Bornemann VI. S. 493—505. Wesentlich im Einklang mit diesen Grundsätzen ohne nennenswerthen Fortschritt wird das Legitimationsverfahren in den §§. 60—68 des Entwurfes der preuß. Hypoth. Ord. (redig. im Justizministerium 1864) normirt. Vgl. dazu die Motive S. 99. Daß dieses Verfahren nicht einfach und billig ist wird auch von preuß. Rechtslehrern nicht verkannt. Vgl. auch Unger, Verlaßabh. S. 31. — Nach dem sächsischen G. B. (§§. 2286. 2451) hat der Erbe und Legatar die Eintragung zur Erwerbung des Eigenthums an Immobilien auf Grund öffentlicher der Diffession nicht unterliegender Urkunden anzusuchen. (§§. 18, 142—145 Hypoth. Ord. v. 6. Nov. 1843, dazu §. 170 der Verordnung v. 9. Jänner 1865). — In Bayern wird ein gerichtlicher Theilungsbrief oder ein Zeugniß des Erbschaftsgerichtes erfordert, daß die Sache durch letztwillige Anordnung oder Gesetz angefallen sei. (§. 141 der Hypoth. Ord. und Ges. vom 1. Juni 1822.)

Denn nach dem Entwurfe, welcher in diesem Punkte ein dem bisherigen Rechte (§. 177 Pat. vom 9. August 1854) entgegenstehendes Princip adoptirte, würde der Erbe in dem häufig vorkommenden Falle, daß die umzuschreibenden Objecte (Grundstücke, hypothecirte Forderungen u. s. f.) in den Büchern verschiedener Grundbuchsbehörden inliegen, in die unangenehme Zwangslage gerathen, so viele Intabulationsgesuche überreichen zu müssen, als Tabularinstanzen vorhanden sind. — Für zweckentsprechend halten wir ferner den Antrag Unger's Verlaßabh. S. 210, daß die bücherliche Umschreibung der Rechte des Erblassers auf den Erben erst eine bestimmte Zeit nach erfolgter rechtskräftiger Beurkundung des Erbrechtes und nur dann bewilligt werden sollte, wenn inzwischen Niemand bei dem Erbschaftsgerichte die Erbschaftsklage überreicht hat*). Diese Vorsichtsmaßregel fordert dringend der Grundsatz der unbedingten Vertrauenswürdigkeit der öffentlichen Bücher und die besondere Rechtswirkung des im guten Glauben erwirkten bücherlichen Eintrags **).

Zum zweiten Absatze des §. 13 beantragen wir den Zusatz, daß, wenn eine Legitimation vom ausländischen Richter nicht zu erlangen ist, dieselbe vom Tabularrichter ertheilt werden kann. Vgl. über eine ähnliche Bestimmung des §. 66 des preuß. Entwurfs einer Hypothekenordnung die Motive zu derselben, S. 99.

---

*) Uns scheint die von Unger beantragte Frist von 6 Wochen zu kurz bemessen zu sein; wir möchten eine Frist von drei Monaten nach Zustellung der Einantwortung befürworten, da der rechte Erbe darunter in keiner Weise leidet. Wir setzen auch voraus, daß gegen die Beurkundung des Erbrechtes kein Recurs im Zuge ist, da wir die Ansicht Unger's (a. O. S. 202) in Betreff der Inappellabilität der richterlichen Immission, mit welcher die Beurkunduug auf gleicher Stufe steht, nicht theilen.

**) Vgl. hierüber meinen Besitz nach öst. Rechte §. 5 S. 50, 51. — Einen ähnlichen Schutz bezweckt der §. 28 der preuß. Novelle v. 24. Mai 1853 und der sachlich richtigere §. 69 des Entwurfes der Hypoth. Ord. Dergleichen Eintragungen, sollen entweder erst zwei Monate nach Publication des Testamentes oder mit der gleichzeitigen Vormerkung der Beschränkung des Dispositionsrechtes binnen dieser Frist bewilligt werden.

§. 4.

Die provisorische Erbschaftsklage.

Die provisorische Besitzeinweisung des sein Erbrecht bescheinigenden Erben läßt sich in dem bereits erörterten Falle, wo noch vor der erfolgten Beurkundung des Erbrechtes eines Erben die Erbfolge zwischen mehreren Prätendenten streitig ist und einer der Letzteren auf den Rechtsweg verwiesen wird, als Provisorium während des Erbschaftsprocesses gewiß rechtfertigen. Denn Processe dieser Art sind regelmäßig verwickelter und langwieriger Natur, und es ist daher für den wahren Erben von der größten Wichtigkeit, daß er, wenn auch nur provisorisch, in den Besitz des Nachlasses gesetzt wird, zumal dieser als Complex der verschiedenartigsten Vermögensrechte einer umsichtigen und einheitlichen Verwaltung bedarf. Auch entsteht durch den Tod des Erblassers ein besitzloser Zustand und es darf nicht vom bloßen Zufalle, oder was noch schlimmer ist, von der rücksichtslosen Anmaßlichkeit eines Erbprätendenten abhängen, wer im Erbschaftsprocesse durch Ergreifung des Besitzes die vortheilhafte Rolle des Beklagten erhält. (Vgl. auch Leist II. S. 189.) — In allen übrigen Fällen dagegen, namentlich wenn die Beurkundung des Erbrechtes bereits erfolgt ist, halten wir die gerichtliche Einweisung in den Besitz des Nachlasses, insbesondere die Gewährung einer eigenen, vor der Erbschaftsklage (hered. petitio) begünstigten Klage auf Einräumung des Besitzes der Erbschaft für nicht genügend begründet, gleichviel, ob man dies Rechtsmittel im Sinne des röm. Rechts als bloßes interdictum adipiscendae possessionis

---

*) Ist zwischen den Erben kein Streit über den Nachlaß, so liegt kein Grund für die Einmischung des Erbschaftsgerichtes vor. Der gemeinrechtliche Einsatz setzt ein contradictorisches Verfahren voraus. Vgl. Sintenis III. §. 193 und die Präjudicien bei Gruchot I. S. 220 flg. Doch wird die Zuläßigkeit des gerichtlichen Einsatzes unter Berufung auf die missio Hadriana von Manchen (besonders Leist II. §. 146 Note 5, auch Unger Verlaßabh. S. 200) über einfaches Ansuchen auch dann behauptet, wenn kein Proceßgegner vorhanden ist. Daß jedoch die missio Hadriana auch ohne Proceßgegner statthaft gewesen wäre, ist aus der Const. ult. h. t. nicht ersichtlich. Vgl. auch Sintenis a. O. N. 2.

corporum her. auffaßt oder dasselbe durch Verleihung des Charakters einer Universalklage zu einer provisorischen hereditatis petitio entwickelt. Wir sehen nicht ein, warum von der Regel, daß der Besitzer nur demjenigen zu weichen habe, der sein Recht beweiset, beim Erbrechte eine so tief gehende Ausnahme gemacht werden soll. Ist insbesondere der vom Erbschaftsgerichte anerkannte Erbe im Besitze, so bleibt Nichts übrig, als Jedermann, der ein besseres Erbrecht behauptet, auf den ordentlichen Rechtsweg zu weisen. Aber auch wenn der vom Gericht legitimirte Erbe nicht im Besitze der Erbschaft ist, liegt u. E. kein Bedürfniß vor, denselben nach Art des römischrechtlichen interdictum quorum bonorum und des remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani toll. (Dig. T. 43. 2.; Cod. 8. 2. u. 6. 33.) ein Rechtsmittel auf Erlangung des provisorischen Besitzes der Nachlaßsachen (resp. der Erbschaft) — vorbehaltlich der Anstellung der Erbschaftsklage von Seiten des Gegners — zu gewähren. Denn der Vortheil der provisorischen Erbschaftsklage könnte, wie jener der vorgenannten römischen Rechtsmittel wesentlich nur darin beruhen, daß einerseits nicht ein strenger Beweis, sondern nur eine Bescheinigung des Erbrechtes erfordert würde, und daß anderseits ein kürzeres sog. summarisches Verfahren stattfände. Allein nicht nur ist der Vortheil der bloßen Bescheinigung zumeist kein sehr bedeutender, sondern es fehlt hier zu Lande die andere wesentliche Voraussetzung, ein besonderer summarischer Erbschaftsproceß. Eine Verhandlung der provisorischen Erbschaftsklage im Wege des ordentlichen Processes wäre eine „Anomalie, wodurch derselben ihr Charakter völlig abgestreift würde.“ (Sintenis, prakt. Civilr. III. §. 193 a. E.) Wegen der bloßen Differenz der Bescheinigung und des Beweises des Erbrechts aber eine besondere provisorische Erbschaftsklage einzuführen und sohin die Schutzmitteln des Erbrechtes, beziehentlich die Erbschaftsprocesse, zu vervielfachen, scheint uns ganz ungerechtfertigt zu sein*). Darum

*) Auch Savigny, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. V. S. 25, der freilich die Natur des interd. q. b. verkennt, bezweifelt die Zweckmäßigkeit dieses Rechtsmittels. Der Uebelstand, der im praktischen Leben leicht aus der Duplicität der Rechtsmittel entspringen kann, wird dann um so fühlbarer, wenn sich der provisorische Einsatzproceß Jahre lang durch alle Instanzen hinschleppt. Vgl. über diese Seite des interd. q. b. und der m. Hadriana Leist II. S. 497, 498.

vermögen wir auch nicht dem §. 2323 d. sächs. G. B. nach dieser Seite praktische Bedeutung beizumessen. Derselbe bestimmt nämlich: „Wer durch äußerlich fehlerlose Geburts- und Todtenscheine nachweist, daß er der nächste gesetzliche Erbe des Erblassers ist, oder durch einen äußerlich fehlerlosen schriftlichen letzten Willen sein Erbrecht darthut, kann verlangen, daß er ohne weitere Untersuchung der Richtigkeit seines Erbrechtes in den Besitz der Erbschaft eingesetzt wird." Mehr, als hier gefordert wird, hat aber überhaupt auch Derjenige, der die ordentliche Erbschaftsklage anstellt, nicht zu beweisen (vgl. §§. 2294—2299) und eine Differenz kann sich nur insofern ergeben, als nach §. 2323 im provisorischen Erbschaftsprocesse Einreden aus der Unfähigkeit des Testators, der Zeugen u. s. f. ausgeschlossen sind. Anders ist dies nach heutigem gemeinen Rechte, was freilich

---

— Man bemerke, daß in dem Falle, wo vor der Beurkundung des Erbrechts Einer der Erbsprätendenten in den Besitz des Nachlasses gesetzt wird, die richterliche Einweisung nach Vernehmung der Streittheile im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne Proceß erfolgt. Es liegt also in diesem Falle kein Verstoß gegen den oben ausgesprochenen Grundsatz vor.

*) Ueber die historische Entwicklung, das wechselseitige Verhältniß und die heutige Geltung des interd. quor. b. und des rem. ex. lege ult. Cod. 6. 33 — schwierige und im Einzelnen sehr bestrittene Fragen — vgl. besonders die gründlichen Ausführungen Leist's, Bon. Poss. I, S. 306—394, II, S. 162 flg. 290 und 465 flg., Sintenis III, §. 153, Note 2, Vangerow II, §. 509 u. 510, Arndts, §. 535, Brinz, §§. 164, 165, Unger, Verlaßabh. S. 198 flg. Beide Rechtsmittel sind int. adipiscendae poss. und gehen daher ursprünglich nur auf res corporales; sie forderten blos Bescheinigung, nicht Beweis des Erbrechts (s. Leist II, S. 181 flg., 293 flg., dag. Vangerow u. Brinz a. a. O.). Nach der Praxis des heutigen röm. Rechts erscheinen gewohnheitsrechtlich beide Rechtsmittel unter dem Namen des „gerichtlichen Einsatzes" verschmolzen. Nach summarischer Untersuchung des blos zu bescheinigenden Erbrechts wird der Kläger in den Besitz jener Nachlaßobjecte gesetzt, welche Gegenstand des Besitzes oder Quasibesitzes sind. — Das preuß. Recht hat in den §§. 242—244 I. 9 nur das dem Testamentserben gegebene remed. ex lege ult. cit. doch mit zwei Modificationen angenommen: einmal erscheint es nämlich zu einem Rechtsmittel mit universellem Charakter zu einer provisorischen vindicatio hereditatio erweitert (s. Gruchot I, S. 521), indem es die „Erbschaft" zum Gegenstande hat; sodann wird dem Testamentserben nur dann der Besitz eingeräumt, wenn noch Niemand im Besitze ist. Das diesfällige Verfahren ist bei collidirenden Erbsansprüchen complicirt. Vgl. §§. 245—252 I. 9, dazu Temme II. §. 319. — Des sächsischen G. B. (§. 2323), welches ebenfalls von der Einweisung in den „Besitz der Erbschaft" spricht, ist bereits im Text Erwähnung geschehen.

die sächsischen Motive zu §. 2323 übersehen. Denn nicht nur ist nach der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie die Beurtheilung der Wahrscheinlichkeit des Erbrechts des possessorischen Erbschaftsklägers völlig in das richterliche Ermessen gestellt, sondern es ist auch für eine besonders rasche Behandlung im Wege des summarischen Processes Vorsorge getroffen. (Vgl. Leist, II. §. 193 bes. S. 489, Sintenis III. §. 193.) Auch darf nicht übersehen werden, daß im sächsischen Rechte durch Erweiterung der Klage auf Einräumung des Besitzes der Erbschaft der possessorische Charakter des Rechtsmittels schwindet, und dieses sich zu einer nur im Beweise begünstigten (petitorischen) Erbschaftsklage entwickelt*).

Noch weniger will uns die Nothwendigkeit einleuchten, den Erben das Rechtsmittel der gerichtlichen Einweisung in Fällen zu gewähren, wo noch Niemand den Besitz des Nachlasses ergriffen hat, — also ein Gegner gar nicht vorhanden ist. Die Besitzergreifung ist hier ein bloßer Privatact des berufenen Erben; zur Intervention des Gerichtes ist an sich kein Anlaß vorhanden. Eine richterliche Ausantwortung des Nachlasses hätte in diesen Fällen kaum mehr als eine thatsächliche Bedeutung. Hierbei kann es der Natur der Sache nach keinen Unterschied zwischen Intestat- und Testamentserben geben. Der „innere" Grund, den Leist II. S. 194. N. 5. dafür anführt, daß die missio Hadriana (des Testamentserben) auch ohne Gegner erbeten werden könne (was übrigens bestritten ist), trifft in seiner Allgemeinheit bei der großen Mannigfaltigkeit der Fälle nicht zu.

---

*) Darüber, daß das interdict. q. bon. und die missio Hadriana auch in der heutigen gemeinrechtlichen Gestaltung immer nur die corpora hereditaria, außerdem höchstens noch die besitzfähigen Rechte zum Gegenstande habe, vgl. besonders Leist II, S. 482 Note 1. Die Ausdehnung der Besitzeinweisung in die „Verlassenschaft" überhaupt, der zufolge der Immittirte auch zur Geltendmachung von Forderungen legitimirt erscheint, ist zwar nach dem Zeugnisse Seuffert's Pand. III. §. 583 Note 8 der gemeinrechtlichen Praxis nicht fremd; läßt sich jedoch mit dem possessorischen Charakter jenes römisch-rechtlichen Rechtsmittels nicht in Einklang bringen. Vgl. überhaupt über den gemeinrechtl „Einsatz" die eingehende Darstellung Leist's II. §§. 190—194. Was den Klagegrund betrifft, unterscheiden sich die gedachten Rechtsmittel von der hered. petitio schon nach Justinianischem Rechte eben nur durch die Erleichterung des Beweises des Erbrechtes. Vgl. Leist II, S. 192, 494. Hierdurch ist nun freilich der petitorische Charakter derselben in den Vordergrund getreten.

Es ist gewiß oft der Fall, „daß der Testamentserbe lieber eine gerichtliche Einweisung wünschen wird, während Verwandte .... zu Folge des nahen Verhältnisses sich nicht bedenken werden, die Güter gleich factisch in Besitz zu nehmen." Allein auch entferntere oder abwesende Intestaterben werden oft denselben Wunsch hegen. Und hat nicht der Testamentserbe in der Regel den großen Vortheil voraus, daß er sich bei der privaten Besitzergreifung sofort mit einer Urkunde zu legitimiren vermag? Auf subjective Wünsche principielle Unterschiede zu bauen, scheint uns überhaupt bedenklich.

Ausnahmsweise läßt sich jedoch die richterliche Einweisung eines Erben in den Nachlaß auch ohne Gegner rechtfertigen, nämlich, wenn der Nachlaß vom Gericht durch Siegelung in Gewahrsam genommen wurde, so namentlich, wenn die anfangs unbekannten oder abwesenden Erben vom Nachlaßcurator die Ausantwortung der Erbschaft verlangen. Doch darf nicht übersehen werden, daß diese Einweisung — solange das Erbrecht nicht streitig ist — wesentlich die Natur einer factischen Aushändigung der unter Siegel genommenen Güter hat.

---

§. 5.

Einzelnheiten der gerichtlichen Intervention bei Erbfällen. Todfallsaufnahme. Versiegelung. Inventarisirung. Testamentseröffnung.

Die Intervention des Gerichtes von Amtswegen bei Eröffnung von Erbschaften erfordert, daß demselben alle in seinem Bezirke sich ereignenden Todesfälle entweder von Fall zu Fall oder periodisch (durch Mittheilung von Sterberegistern) bekannt gemacht werden. Die möglicher Weise eintretende Nothwendigkeit sofortiger Siegelnng des Nachlasses läßt die erstere Art der Bekanntmachung wünschenswerther erscheinen. Betreffend die zur Anzeige verpflichteten Organe erscheint es

am zweckmäßigsten, den Gemeindevorstehern diese Verbindlichkeit aufzuerlegen, da diese in Folge der durch ihre Organe vorzunehmenden Todtenbeschau ohnedieß von jedem Todesfall amtliche Kenntniß erlangen. So war es auch seit jeher in Oesterreich (vgl. zuletzt §. 34 Ges. v. 1854)*), während nach preuß. Rechte diese Verpflichtung direct den Hausgenossen, Verwandten und Hauswirthen bei eigener Verantwortung obliegt und nur die Vorsteher der geistlichen Gemeinden gehalten sind, den Gerichten periodische Verzeichnisse aller Todesfälle nebst Angaben über die persönlichen Verhältnisse des Erblassers und die vermuthlichen Erben einzusenden. (Vgl. a. G. O. II. 5 §. 23, Koch, Erbr. S. 3.) Die bisherige bewährte Uebung ist auch im Entwurf festgehalten worden**). Nach §. 28 desselben hat die Gemeinde jeden Todesfall, der sich in derselben ereignet, binnen drei Tagen dem Gerichte anzuzeigen. Die Anzeige geschieht durch Ausfüllung des im Verordnungswege vorzuzeichnenden Formulars, welches die Angabe jener Umstände zu enthalten hat, welche zur Feststellung des Erbanfalles, zur Ermittlung der Erben und zur Bestimmung des Erbschaftsgerichtes erforderlich sind. — Hiezu bemerken wir nur, daß bei dem Umstande, als die Todfallsaufnahme regelmäßig auch die Basis für die Bestellung der Vormundschaft bildet, es jedenfalls wünschenswerth ist, daß wie bisher auch ferner diejenigen Umstände unter Einem mit erhoben würden, welche hierauf von Einfluß sind***). Auch die „beiläufige" Andeutung des Nachlaßvermögens, welche in dem bisherigen Formular der Todfallsaufnahme vorgeschrieben war, dürfte manche nachträgliche Anfrage des Gerichtes überflüssig machen. Ueberhaupt hätten wir gegen die Beibehaltung der bisherigen Gepflogenheit nicht viel einzuwenden, sofern nur das Gericht von der Besorgung der demselben in den §§. 53—56. 59. 85. 87. 88. 89. 90. 91 des Pat. v. 9. August 1845 auferlegten, für einen

---

*) Ueber die historische Entwickelung vgl. Unger, Verlaßabh. S. 61 flg. 93 flg.

**) Auch in Frankreich sind die Gemeindeorgane verpflichtet, alle Todesfälle dem Beamten der Registerämter anzuzeigen. Vgl. Näheres über das Verfahren bei Harrasowsky, S. 8 flg.

***) Auf den wichtigen praktischen Zusammenhang der Verlaßabhandlung mit der Pflegschaft macht ganz richtg Harrasowsky Verlaßabh. S. 31—77 und Helm a. O X. S. 204 und 227 aufmerksam.

Richter mitunter recht absonderlichen Geschäften verschont würde,*) da die Todfallsaufnahme regelmäßig der einzige amtliche Act sein wird, durch welchen die Verhältnisse des Erblassers sofort nach dem Tode constatirt werden. — Zum §. 30 des Entw., welcher bei Todesfällen, die im Auslande erfolgen, die Verpflichtung zur Anzeige den Erbberechtigten auferlegt, bemerken wir, daß die Sanction der darin gegebenen Vorschrift mangelt. Die Regelung der Competenz zur Erbschaftsregulirung im §. 32 (nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers) entspricht der Natur der Sache. Doch wünschen wir hierbei die Berücksichtigung jener Bemerkungen, die wir über die örtlichen Grenzen des Erbrechtes gemacht haben.

Für eine Lücke des Gesetzentwurfes halten wir es, daß in Betreff der Frage, in welchen Fällen die Versiegelung des Nachlasses vorzunehmen ist, auf das Gesetz über die Vornahme einzelner Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen wird (§. 31)**). Die bezüglichen Vorschriften gehören recht eigentlich hierher und auch in practischer Beziehung müßten sich Anstände ergeben, wenn das bezogene Gesetz nicht zu gleicher Zeit veröffentlicht würde. Was die meritorische Seite der Frage betrifft, so ist die dem römischen Rechte gewiß unbekannte Siegelung des Nachlasses ein Ausfluß der

---

*) Das Unpassende der angeführten Vorschriften ist mit Recht von Unger Verlaßabh. S. 115—116 getadelt worden und wird auch in der Praxis gefühlt. „Ganz natürlich und billig" findet dieselben sonderbarer Weise Helm a. O. S. 205, „weil das Gericht alle bezüglichen Daten zunächst (?) erfährt und weil es sich meist nur um eine kurze Mittheilung handelt, welche . . . den Gemeindevorstehern nicht überlassen werden kann." Und warum nicht? Die Gemeindevorsteher, denen die Gemeindeord. höchst wichtige Geschäfte anvertraut (vgl. Art. 3 und 5 des Ges. v. 5. März 1862), sollten nicht fähig sein, einige „kurze Mittheilungen" zu machen? Auch Harrasowsky a. O. S. 61 vermag sich von der Entbehrlichkeit der gerichtlichen Intervention in diesem Punkte nicht zu überzeugen.

**) Ueber die historische Entwickelung der sog. „Sperre" in Oesterreich vgl. Unger Verlaßabh. S. 58 flg., 62 flg., 65 flg., 72 flg., 94 flg. Neben der zur Hintanhaltung der Expilirung der Erbschaft dienenden Siegelung (der sog. „engen Sperre") kam mit der Entwicklung der Patrimonialgerichtsbarkeit auch noch die sog. „Jurisdictionssperre" auf, welche das Einschreiten des Gerichtes constatiren und zur Wahrung der Gerichtsherrlichkeit dieser oder jener Obrigkeit dienen sollte. Ueber diese nunmehr antiquirte Rechtscuriosität vgl. Unger a. O. S. 73, 77, 94 flg.

Präventivjustiz, welche der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit auch die Hintanhaltung von Rechtsverletzungen zur Aufgabe macht. (Vgl. Unger, Verlaßabh. S. 21.) Nach heutigem gemeinen Rechte pflegt das Gericht den Nachlaß durch Siegelung entweder von Amtswegen in Gewahrsam zu nehmen, wenn nämlich die Gefahr einer Verschleppung vorliegt, (besonders wenn die Erben unbekannt oder abwesend sind, das Erbrecht streitig ist) oder über Ansuchen der separirenden Gläubiger oder des Vorbehaltserben. Für nothwendig kann sie nur dort erachtet werden, wo sie sich gewohnheitsrechtlich entwickelt hat oder partikularrechtlich vorgeschrieben ist. (Vgl. Mühlenbruch 41. B. S. 363.) Außerdem bildet diese Maßregel gemeinrechtlich nur eine Amtsbefugniß, „von der jedoch die Gerichte aus guten Gründen den eifrigsten Gebrauch zu machen nicht verfehlen“ (Sintenis III., §. 156, Note 8). — Die mit der Wendung dieses Jahrhunderts entstandenen Codificationen sind unter dem Einfluße der damals vorherrschenden Theorien in der Vorsorge zur Abwehr eventueller Rechtsverletzungen hier wie in allen ähnlichen Fällen meist zu weit gegangen. So verordnet das preuß. L. R. die Siegelung von Amtswegen, wenn die Erben unbekannt, abwesend oder Ausländer sind, wenn unter den Erben Pflegebefohlene sich befinden und der Verstorbene keinen Ehegatten hinterlassen hat, ja wo immer dies nach richterlichem Ermessen nothwendig erscheint *); sodann über Ansuchen eines Erbsinteressenten, Erbschaftsgläubigers oder Gläubigers des Erben und zwar wenn Niemand im Besitz ist, ohne Weiteres, außerdem unter den Voraussetzungen des Arrestschlages. (Vgl. a. G. O. II. 5. §. 8—15. A. L. R. I. 9. §. 460—463. II. 18. §. 11—13., dazu Koch, Privatr. II. §. 868 und Erbr. S. 4) — Minder ängstlich ist das französ. Recht. Die Siegelung erfolgt durch den Friedensrichter von Amtswegen, wenn die Erben abwesend (unbekannt?) sind, wenn der minderjährige Erbe unbevormundet ist, oder der Verstorbene öffentlicher Depositar war (in Ansehung des Depositums); sodann über Ansuchen der Erbsinteressenten, der richterlich ermächtigten oder mit Exekutionstitel versehenen Gläubiger

---

*) Die Siegelung kann in diesen Fällen durch ein schriftliches oder vor Gericht zu Protokoll gegebenes Verbot des Erblassers verhindert werden, sofern nicht unvorhergesehene Gefahren dieselbe dennoch nöthig machen. S. §. 372 flg. II. 18. Koch II. §. 868.

oder der Hausgenossen des Erblassers bei Abwesenheit der Erben, der Testamentsexecutoren, wenn die Erben minderjährig, entmündigt oder abwesend sind; endlich in den Fällen der außerordentlichen Erbfolge. (Art. 819. 820. 769. 1031. C. c. und Art. 908—911 Code proc., dazu Unger, Verlaßabh. S. 35. 36., Harrasowsky S. 8 flg.) — Das österr. Recht verordnet die Siegelung, wenn die Erben unbekannt, abwesend sind, wenn den pflegebefohlenen Erben noch kein Vertreter bestellt ist, wenn eine das Vermögen übersteigende Schuldenlast zu besorgen ist, oder „andere Umstände besondere Vorsicht fordern", endlich über Ansuchen der separirenden Erbschaftsgläubiger, Legatare und Notherben (§§. 43—47. Ges. v. 1854.) — Neuere Gesetze sind von dieser allzu ängstlichen Vorsorge zurückgekommen, so namentlich das Zürcher G. B. (§§. 1982. 1983.) Das sächs. G. B. enthält keine Vorschriften über die Siegelung.

De lege ferenda stimmen wir im Wesen den Vorschlägen Unger's Verlaßabh. S. 205. 2.*) jedoch mit der Mäßigung bei, daß wir die Versiegelung auf Ansuchen der Gläubiger des Erben als unmotivirt fallen zu lassen beantragen. Zwar sind wir für eine Ergänzung des bisherigen Rechtes in dem Sinne, daß auch den Gläubigern des Erben, falls dieser die insolvente Erbschaft ohne Vorbehalt antritt, binnen Jahresfrist nach der Antretung das

*) Die Meinung Unger's S. 149, daß die Versiegelung des Nachlasses und die Separation (§. 812 G. B. und §. 44 Pat. v. 1854) erst dann angesucht werden könne, wenn sich Jemand erbserklärt hat, und gar nicht bewilligt werden dürfe, so lange nicht bei collidirenden Erbserklärungen entschieden sei, wem das Erbrecht gebühre, weil dann erst von einer möglichen Gefahr durch Vermengung der Erbschaftsmasse die Rede sein könne, vermögen wir nicht zu theilen; denn die Besorgniß einer Gefahr wird im §. 812 lediglich zur Motivirung des Gesetzes angeführt; im concreten Falle braucht daher der Impetrant dieselbe nicht zu bescheinigen. Vgl. Entsch. des oberst. G. H. Sammlung N. 617, Stubenrauch I. S. 1073 und Unger selbst, Erbr. §. 41 Note 3. In diesem Punkte wären also die Erbschaftsgläubiger auch nach bisherigem Rechte hinlänglich geschützt. Zum Theile richtig, zum Theile unrichtig: Helm a. a. O. S. 239, 240. Die Erbschaftsgläubiger können nach dem klaren Wortlaute des §. 44 Pat. v. 1854 nur im Falle des §. 812 a. b. G. B. die Siegelung verlangen. Ob auch die Sequestration des Nachlasses zulässig sei, ist unabhängig von dieser Frage zu beantworten.

Absonderungsrecht gestattet werde *). Allein, was ihnen selbst unter dieser Voraussetzung eine Versiegelung des Nachlasses nützen soll, sehen wir nicht ein: ausreichenden Schutz könnte ihnen nur die Inventarisirung oder die Beschlagnahme des Vermögens des Erben gewähren. Ein anderer Gesichtspunkt ist freilich nach preuß. Rechte einzunehmen. (Vgl. Koch II. S. 246. Note 12.) — Hiernach hätte eine Siegelung von Amtswegen nur einzutreten: 1. wenn die vermuthlichen Erben sämmtlich unbekannt, ungewiß oder sämmtlich abwesend sind; 2. wenn sich unter denselben Pflegebefohlene befinden, denen noch kein gesetzlicher Vertreter bestellt ist; 3. wenn der Erblasser öffentlicher Depositar ist, in Ansehung derjenigen Schriften und Gelder, die er vermöge seines Amtes in Händen hat. Ueber Begehren wäre die Siegelung vorzunehmen: a. über Ansuchen eines der Erben, Nacherben oder Notherben und b. über Ansuchen der Gläubiger des Erblassers, wenn diese eine Gefahr des Verlustes zu bescheinigen vermögen oder die Absonderung der Güter verlangen **).

Auch befürworten wir eine Ergänzungsbestimmung des Inhalts, daß die von Amtswegen vorzunehmende Versiegelung ganz unter-

---

*) Vgl. auch eine ähnliche Bestimmnng der §§. 507—512. I. 16. des preuß. L. R., welches jedoch das Absonderungsrecht nur im Falle des über den Erben eröffneten Concurses gestattet. Das röm. Recht gewährt extra ordinem den Gläubigern des Erben ein Rechtsmittel (Separatio?) nur gegen vorbehaltlosen Antritt in fraudem creditorum L. 1 §. 5 D. de Separ. 42, 6: quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possint separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum; sibi enim imputent, si cum tali contraxerint, nisi, si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est. Quod non facile admissum est. Was Helm a. O. S. 242 gegen die Nothwendigkeit des Separationsrechtes der Gläubiger des Erben anführt, ist offenbar nicht stichhältig. Die Execution ist bei überschuldeten Schuldnern ein wenig ausgiebiges Schutzmittel. Das franz. G. B. Art. 881 und das sächs. b. G. B. §. 2333 (dazu Siebenhaar. Commentar III. S. 321) verweigern den Gläubigern des Erben das Separationsrecht. Nach sächs. Rechte ist freilich die Separation der Gläubiger des Erben darum kein Bedürfniß, weil der Erbe den Erbschaftsgläubigern immer nur cum viribus hereditatis haftet.

**) So in der Hauptsache auch das Zürcher G. B. §§. 1982 und 1983; doch verordnet dieses die Siegelung außerdem auch dann, wenn einer der Erben fallit wird und dessen Gläubiger es verlangen, sowie in allen Fällen das benef. inventarii, was gewiß nicht zu rechtfertigen ist.

bleiben könne, wenn sofort ein genaues Inventar aufgenommen wird und die Nachlaßgegenstände zu Gericht oder bei einer öffentlichen Depositenanstalt (Lagerhause u. d.) erlegt oder sonst einer verläßlichen Person in Verwahrung übergeben werden*).

Endlich soll den Gemeindevorstehern zur Pflicht gemacht werden, Fälle, in welchen die Versiegelung vorgeschrieben ist, bei eigener Verantwortung sofort dem Gerichte anzuzeigen und dieselbe, wenn Gefahr am Verzuge ist, sogleich selbst vorzunehmen.

Engherziger noch als die Vorschriften über die Siegelung des Nachlasses sind die derzeit geltenden Bestimmungen des österr. Rechts über die Vornahme der gerichtlichen Inventur. Zur richtigeren Beurtheilung der Zweckmäßigkeit derselben diene nachstehender vergleichender Rückblick auf die Rechtszustände in anderen Ländern. — Gemeinrechtlich kann eine Pflicht des Gerichtes, ein Nachlaßinventar von Amtswegen aufzunehmen, nicht wohl behauptet werden. Allerdings pflegen aber die Gerichte innerhalb des weiten Rahmens der freiwilligen Gerichtsbarkeit Inventuren vorzunehmen: über Ansuchen der Vormünder pflegebefohlener Erben, des Nachlaßcurators bei Abwesenheit oder Ungewißheit der Erben, des Vorbehaltserben, der Erbschaftsgläubiger bei Gefahr einer Ueberschuldung, des Testamentscurators; ja in manchen Fällen wird ein solches Ansuchen gar nicht abgewartet, was kaum zu rechtfertigen ist. (Vgl. hierüber Mühlenbruch, 41. B. S. 363, 43. B. S. 416 Sintenis III. §. 156. N. 8. §. 185. N. 15., Harrasowsky S. 12). Zu bemerken ist, daß in allen diesen Fällen die gerichtliche Inventur die Stelle des Privatinventars vertritt, das allein dem römischen Rechte bekannt gewesen zu sein scheint.

Nach preußischem Rechte ist ein gerichtliches Inventar nie von Amtswegen, sondern nur in nachstehenden Fällen aufzunehmen:

---

*) Der vorgeschriebene gerichtliche Erlag von Geld und Geldeswerth vertritt ohnedies schon derzeit die Stelle der Siegelung (§. 45 Ges. v. 1854). — Zur richtigen Beurtheilung der praktischen Tragweite des geltenden Rechtes sei bemerkt, daß die Siegelung in der Gerichtspraxis fast nie, selbst nicht in Fällen vorgenommen wird, wo dies das Gesetz bestimmt verordnet, z. B. wenn die pflegebefohlenen Erben noch unbevormundet sind, — ein Beleg, wie gering das Bedürfniß der Sperre in der Regel selbst in diesen Fällen ist. Vgl. auch Harrasowsky, S. 6.

wenn ein Testamentserbe die richterliche Immission fordert und dessen Erbrecht bestritten oder die Rechtsgiltigkeit des privilegirten Testaments noch nicht gerichtlich anerkannt ist (§§. 246. 251—253. I. 12.), sodann über Ansuchen der Vormünder pflegebefohlener Erben (§§. 367—380 II. 18.), des Curators unbekannter oder abwesender Erben (§§. 469. 472. I. 9), des fideicommissarischen Nacherben (§. 470. I. 2.), des Vorbehaltserben (§. 423. I. 9.), der separirenden Gläubiger des Erblassers und Erben (§§. 500 flg. I. 16.) Doch kann in diesen Fällen (den ersten und letzten ausgenommen) das über Aufforderung zu beeidigende Privatinventar die Stelle der gerichtlichen Inventur vertreten; insbesondere kann bei bevormundeten Personen die gerichtliche Inventirung unterbleiben, wenn der überlebende Ehegatte, nahe Verwandte oder bei nicht beträchtlichem Nachlaß andere vertrauenswürdige Personen im Besitze der Erbschaft sind. (§§. 383—386 II. 18.), ja sie muß unterbleiben, wenn der Erblasser dieselbe verbietet (§§. 393—397 II. 18) *). — Nach französischem Rechte steht die Inventarisirung mit der Entsiegelung des Nachlasses in engem Zusammenhange. Sie kann (mit Ausschluß der Dienerschaft) von allen Personen verlangt werden, welche die Entsiegelung, beziehungsweise die Versiegelung des Nachlasses begehren können. (Art. 941 C. Proc.) Sie ist gesetzlich vorgeschrieben, wenn der Erbe die Erbschaft mit Vorbehalt antritt (a. 794. C.), wenn außerordentliche Erbnehmer (die natürlichen Kinder, der Ehegatte, der Staat) die Einweisung in den Besitz des Nachlasses fordern (a. 769. C.), bei Ausantwortung des versiegelten Nachlasses eines Minderjährigen an den Vormund (a. 45. 461), bei erblosen Verlassenschaften (a. 813. C.); endlich über Ansuchen des Substituten (a. 1058) und des Testamentsexekutors, wenn minderjährige, interdicirte oder abwesende Erben interveniren. (a. 1031) **).

Die österr. Gesetzgebung hat bei jeder Gesetzesneuerung die Fälle der gerichtlichen Inventarisirungen vermehrt ***). Einen Fort-

*) Vgl. auch Harrasowsky S. 12—18. Das Verbot der Siegelnng begreift auch das Verbot der gerichtlichen Inventarisirung (§. 397 h. t.). Die Aufnahme eines Privatinventars kann nie verboten werden. (§. 399 eod.)

**) Vgl. Unger, Verlaß. S. 36, Harrassowsky, S. 15 flg. — Die Siegelung wird vom Friedensrichter vorgenommen. A. 942 C. Proc.

***) Vgl. über die historische Entwicklung Unger, Verlaßabh. S. 58, 62, 65, 111, Harrassowsky, S. 16. — Die Aufnahme der Inventur kann der

schritt gegen das bisherige Recht, welches in diesem Punkte in der Bevormundung der Parteien kaum weiter gehen konnte, erhalten die Vorschriften des Entwurfes (§§. 9. 45.) über diesen Theil der Abhandlungspflege. Die derzeit vorgeschriebene Errichtung eines Vermögensverzeichnisses von Amtswegen in allen Fällen, wo Pflegebefohlene oder „Arme," eine Stiftung, Gemeinde, Kirche, öffentliche Anstalt oder der Staat einen Erbtheil erhalten (§. 92. Ges. v. 1854), ist mit Recht aufgegeben worden*). Man fürchte nicht, daß bis zum Ansuchen der Vertreter dieser Personen leichter als bisher eine Unterschlagung von Erbschaftssachen vor sich gehen könnte. Vor Veruntreuungen schützt auch die amtliche Aufnahme des Vermögensverzeichnisses nicht! Uebrigens werden ja die Inventuren erfahrungsmäßig gewöhnlich erst nach mehren Tagen, oft Wochen nach dem Todesfalle vorgenommen — Zeiträume, die bei entsprechendem Willen und Geschick zur gründlichen Ausplünderung des Nachlasses mehr als genügend sind!

Ein Inventar des Nachlasses hat nach dem Entwurfe das Gericht nur zu errichten: 1. bei bedingter Erbserklärung, 2. wenn eine Fideicommiß- oder Lehensnachfolge eintritt, 3. wenn ein Erbe oder Legatar mit einer fideicommissarischen Substitution belastet ist. (§. 9.) — Auch wenn wir zunächst von der nicht mehr beliebten Inventarserrichtung über Ansuchen der separirenden Erbschaftsgläubiger

---

Erblasser nicht verbieten. — Es unterliegt kaum einem Zweifel, daß auch fiscalische Rücksichten dazu beitrugen, daß die Fälle der amtlichen Inventirung vermehrt wurden. Vgl. Nov. Decl. H. h. l. Ferdinand's III., wo dieser Gesichtspunkt ausdrücklich hervorgehoben ist.

*) Durch die Bestimmung des §. 92 Z. 1, welcher die Inventarisirung von Amtswegen anordnet, wenn ein einziger Erbe unter Vormundschaft oder Curatel steht, wurde zwar die Vorschrift des §. 233 b. G. B., wornach der Vormund (Curator §. 282 eod.) die Erbschaft mit Bewilligung des Vormundschaftsgerichtes ausschlagen oder auch ohne Vorbehalt antreten kann, nach allen Regeln der Interpretation nicht aufgehoben. (Anb. A. Stubenrauch I. S. 369.) Desto auffälliger ist dann aber der Mißstand, wenn der Vormund hinterher die Erbschaft ausschlägt oder unbedingt antritt. Vgl. auch Unger, Verlaßabh. S. 142. — Das preuß. L. R. §§. 643, 614, I. 9. stimmt mit der Vorschrift des §. 233 cit. überein. Dagegen bedarf nach dem sächs. G. B. (§. 1913) und dem Zürcher G. B. (§§. 365, 373) der Vormund zu jeder Erbsantretung die behördliche Bewilligung. Vgl. dazu Gruchot I. S. 85.

absehen, scheint uns dennoch diese Bestimmung den Erbsinteressenten einerseits unberufen zu viel, anderseits wieder zu wenig Schutz zu bieten. Es ist nämlich durchaus kein genügender Grund dafür vorhanden und mit dem im §. 3. des Entw. angenommenen Principe im Widerspruch, daß im Falle einer fideicommissarischen Substitution die Aufnahme eines Inventars von Amtswegen angeordnet ist. Die Restitution der Erbschaft oder des Vermächtnisses an den Substituten ist ein reiner Privatact. Man überlasse es also dem berufenen Nacherben, bezieh. seinem Vertreter, um die Errichtung des Inventars anzusuchen, wenn sie dies zu ihrer Sicherheit für nothwendig erachten*). — Hingegen vermissen wir die Anordnung der Inventarserrichtung in Fällen, wo sämmtliche Erben oder deren Aufenthaltsorte gänzlich unbekannt sind. Wird übrigens der früher gestellte Antrag in Betreff der Versiegelung des Nachlasses angenommen, so wird in den meisten Fällen die Inventarserrichtung in Verbindung mit der Hinterlegung an die Stelle der Versiegelung treten.

Mit Befriedigung heben wir hervor, daß nach §. 9. Absatz 2 bei der Inventurserrichtung nur bewegliche Sachen geschätzt werden; bei unbeweglichen Gütern genügt „die Ermittlung der zur Werthsbestimmung derselben nöthigen Daten.“ Hiernach hat die kostspielige und bei dem heutigen Stande des Grund- und Gebäudesteuerkatasters regelmäßig ganz überflüssige Schätzung zu entfallen**). Doch

*) Dies hat schon Unger, Verlaßabh. S. 139 ganz richtig hervorgehoben. — Daß in anderer Richtung der Entwurf den fideicommissarischen Nacherben nicht genügenden Schutz biete, wird später gezeigt werden. — Ganz unrichtig ist die Behauptung Helm's a. O., S. 206, daß nach §. 93 und 96 Pat. v. 1854 das Inventar auch von Gemeindevorstehern verfaßt werden könne.

**) Die Kosten dieser gerichtlichen Schätzungen bei Verlaßgegenständen außerhalb des Gerichtsortes sind bei kleineren Verlassenschaften unverhältnißmäßig hoch; die Schätzung selbst an Ort und Stelle ist bekanntlich bei Häusern und Grundstücken regelmäßig eine bloße Formalität, — wird doch fast immer der auch ohne Localaugenschein bekannte Zinsertrag, resp. der aus dem Kataster ersichtliche Flächeninhalt und der ortsübliche Verkaufspreis der Schätzung zu Grunde gelegt. Daß von der Gestattung des §. 102 d. Pat. v. 1854 (Erhebung des Werthes nach der letzten Schätzung, nach dem Contracte der letzten Besitzveränderung oder nach den Steuerregistern) in der Praxis nicht stark Gebrauch gemacht wird, wird Jeder begreifen, der die Diätenfrage und die niedrige Besoldung der Beamten kennt! — Nur bei Inventarisirungen von Fideicom-

sollte dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleiben, die Schätzung von Realitäten ausnahmsweise in solchen Fällen vorzunehmen, wo der Werth des Reales in anderer Weise nicht sichergestellt werden kann, so namentlich bei industriellen Etablissements. — Noch würden wir eine Ergänzungsbestimmung in dem Sinne vorschlagen, daß es den sämmtlichen Erben gestattet werden solle, in dem Falle, als der Nachlaß nur aus unbeweglichen Sachen oder aus Forderungen oder Werthpapieren besteht, bei Gericht ein Privatinventar — allenfalls mit der Bestätigung der Richtigkeit an Eidesstatt — einzubringen. Denn die gerichtliche Inventur ist in diesen Fällen erfahrungsgemäß eine reine Formalität. Gegen die etwa befürchtete Verheimlichung von Staatspapieren schützt auch die gerichtliche Inventur nicht.

Das Rechtspostulat, daß der Wille des Erblassers zur Geltung komme *), sowie das Interesse aller Betheiligten macht es höchst wünschenswerth, daß letztwillige Erklärungen unter amtlicher Intervention eröffnet, sicher verwahrt und deren Einsicht unter den nöthigen Vorsichten allen Interessenten gestattet werde. Die amtliche Vermittlung hat wesentlich den Zweck, die Verheimlichung der Testamente zu erschweren, die Verstümmlung, Verfälschung, Zerstörung oder eigenmächtige Vorenthaltung derselben zu verhindern und durch die möglichste Offenlegung ihres Inhalts den eingesetzten Erben oder Vermächtnißnehmern von den ihnen angefallenen Rechten Kenntniß zu geben **). Gleichgiltig ist es dabei, ob das Gericht, ein Notar oder

---

missen sind genaue Schätzungen an Ort und Stelle wünschenswerth, da dieselben aus den verschiedenartigsten Vermögensobjecten bestehen, der Besitzwechsel gewöhnlich erst nach längeren Zeiträumen erfolgt und die Auseinandersetzung der Fideicommiß- und Allodерben detailirte Schätzungsoperate erforderlich macht.

*) Schon das röm. Recht betrachtet letztwillige Anordnungen als etwas Heiliges. Vgl. L. 5 D. 29. 3. (Pubice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere); L. 1. pr. D. 29. 4. (Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum callidate occurrit, qui ommissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit.) Vgl. Mühlenbruch, 43. B. S. 428. — In den österr. Ländern ist die gerichtliche Publication frühzeitig üblich geworden. Vgl. Unger, Verlaßabh. S. 51 flg.

**) Der letztgenannte Zweck wird am sichersten durch die amtliche Verständigung der Interessenten von dem Inhalte des Testaments erreicht. Vgl. hierüber den folgenden Paragraph.

ein anderer öffentlicher Functionär die zur Sicherung und zur thunlichsten Publicirung letztwilliger Erklärungen erforderlichen Maßregeln besorgt. Die oben angeführten Rücksichten dürften wohl die meisten Gesetzgebungen bei der Vorschrift der amtlichen Eröffnung, Kundmachung und Verwahrung von Testamenten geleitet haben; doch gaben mitunter auch rein fiscalische Rücksichten den Impuls zur Erlassung derselben. Solche Vorschriften finden sich schon im römischen Rechte (L. 2—7. D. 29. 3., c. 18—23. C. 6. 23.), wo erwiesenermaßen die von testamentarischen Zuwendungen zu entrichtende (5 %) Erbschaftssteuer dazu führte, daß die Eröffnung und Verlesung, sowie die Hinterlegung der Testamente in den Wirkungskreis öffentlicher und zwar der Steuerbehörden einbezogen wurde*). Nach heutigem gemeinen Rechte wird gerichtsgebräuchlich die gerichtliche Eröffnung und Publicirung der Testamente unter Zuziehung der Interessenten vorgenommen, wenn das Testament bei Gericht errichtet oder hinterlegt wurde, oder wenn die betheiligten Personen dieselbe beantragen, oder besondere Umstände dies räthlich machen, ohne daß jedoch die Giltigkeit des Testaments durch die Beobachtung dieser Förmlichkeiten bedingt würde. Ebensowenig muß die außergerichtliche Eröffnung des letzten Willens beglaubigt sein, so räthlich diese Vorschrift ist. (Vgl. Mühlenbruch, B. 43. S. 375 flg., Sintenis §. 181. Note 1., Unger, Verlaßabh. S. 20. 21., Arndts §. 504.)

Auch nach preußischem Rechte ist die gerichtliche Testamentseröffnung keine Bedingung der Vollstreckbarkeit des letzten Willens, sondern sie dient nur dazu, denselben möglichst kundbar zu machen. (Vgl. Gruchot I. S. 516.) Doch hat der Richter den zu vollziehenden letzten Willen — sofern dies der Testator nicht verboten hat (vgl. Bornemann VI. S. 87.), — zu eröffnen und zu verlesen, und zwar in Gegenwart der im Orte befindlichen Intestaterben, bezieh. des für die unbekannten oder abwesenden Erben bestellten Bevoll-

*) Vgl. hierüber Unger, Verlaßabh. S. 14—17, Mühlenbruch 43. S. 368. 389. Heimbach, Rechtsl. X. S. 1008 flg. Doch wird auch das Interesse der Instituirten betont. Vgl. L. 5. D. 29. 3. L. 5 in f., D. 10, 2. Das Testament wird im Archiv hinterlegt. C. 16. C. h. t. Doch ist h. z. T. bei nicht gerichtlichen Eröffnungen noch immer L. 4. §. 3 und L. 5. D. 10. 2 (Aufbewahrung bei einem der Erben, vel in aede sacra?) praktisch. Vgl. Sintenis, §. 181, Note 6.

mächtigten. Siegel und Unterschrift werden den Erschienenen vorgewiesen und über den ganzen Akt wird ein Protocoll aufgenommen. Die Publication ist Staatssache und hat längstens binnen sechs Wochen nach dem notorischen oder erwiesenen Tode des Testators zu geschehen. Die Urschrift wird bei Gericht aufbewahrt; den Interessenten werden Abschriften ertheilt. (Vgl. §§. 208—241. I. 12., dazu Bornemann VI. S. 87—90, Koch II. §. 835, Temme II. §. 298.) — Nach französischem Rechte sind nur eigenhändige und mystische Testamente durch den Gerichtspräsidenten zu eröffnen und zu publiciren und darauf bei einem Notar zu deponiren. (Vgl. a. 1007, C. c.) Diese Förmlichkeit ist zwar nur als Vorsicht (précaution) bezeichnet, — aber doch Bedingung des gerichtlichen Vollzuges. Oeffentliche Testamente, über welche stets ein Notariatsact aufzunehmen ist, sind vom Notar zu publiciren und zu verwahren. (Vgl. Marcadé und Mourlon I. S. 364. 368, Zachariä (Anschütz) IV. §. 713. Frey III. §. 797.) — Ausführliche Vorschriften enthält über die Testamentspublication das österr. Gesetz vom 9. August 1854, §§. 61—70. Testamente (Codicille, Erbverträge) sind, wenn über den Tod des Erblassers kein Zweifel obwaltet, sogleich vom Gerichtsvorsteher in Gegenwart von zwei Zeugen zu eröffnen und kundzumachen. Die Publication erstreckt sich, wenn mehre letztwillige Erklärungen vorliegen, auf alle. Die Betheiligten werden zu derselben zwar nicht vorgeladen, doch steht ihnen frei, dabei zu erscheinen. Ueber die Eröffnung und Vorlesung, sowie über den äußeren Zustand des Testaments ist ein Protocoll aufzunehmen. Liegt ein von allen Zeugen gefertigter, gehörig verfaßter Aufsatz über den Inhalt eines mündlichen Testaments vor, so ist dieser in gleicher Weise kundzumachen. Außer diesem Falle sind die Zeugen von Amtswegen — doch unbeeidet — zu vernehmen, und ist das hierüber aufgenommene Protocoll zu publiciren. Das Original der letzten Willenserklärung ist bei Gericht zu verwahren und den Interessenten auf Verlangen vorzuweisen. Die Beobachtung dieser Förmlichkeiten ist zwar keine Bedingung der Giltigkeit des Testaments, wohl aber Voraussetzung der Abhandlungspflege auf Grundlage desselben. — Auch das sächsische b. G. B. verordnet die gerichtliche Eröffnung und Kundmachung letztwilliger Erklärungen. Vgl. §§. 2223 bis 2229, dazu Siebenhaar III. S. 284 flg. — Dagegen ist im Zürcher Ges. B. als regelmäßige Form die Eröffnung durch einen

Notar vorgeschrieben, was damit motivirt wird, daß diese Form einfacher (?) sei, als die gerichtliche Publication und zugleich vollständig genüge*). Dem Testator wird auch gestattet, die amtliche Kenntnißnahme vom Inhalte des Testaments zu verbieten, in welchem Falle der Notar dasselbe der ihm bezeichneten Person uneröffnet auszufolgen hat. (Vgl. §§. 2057. 2067. 2071 flg.)

Die Bestimmungen des Entwurfs über die Eröffnung letztwilliger Anordnungen stimmen zumeist mit den oben angeführten sachgemäßen Vorschriften des Ges. v. 1854 überein. Die Abweichungen sind folgende: Eine förmliche Kundmachung des Inhaltes derselben, wie solche in den §§. 61 und 62 des Ges. v. 1854 vorgeschrieben ist, hat von Amtswegen nicht stattzufinden**). Die letzte Willenserklärung ist blos zu entsiegeln, „ihr äußerer und innerer (?) Zustand" ***) genau zu beschreiben, und hierüber ein Protocoll aufzunehmen. „Der Aufnahme des Protocolls (nur dieser?) sind zwei Zeugen beizuziehen; Parteien, die ein rechtliches Interesse haben, können der Aufnahme des Protocolls beiwohnen." Ohne Zweifel ist die Fassung dieser Bestimmungen verfehlt, indem es wohl heißen soll: dem ganzen hier dargelegten Gerichtsacte sind zwei Zeugen beizuziehen, beziehungsweise: dem ganzen Acte können rechtlich betheiligte Personen beiwohnen; denn die Beiziehung von Zeugen blos zur Protocollsaufnahme hat keinen Sinn. Die Vorladung der Betheiligten, insbesondere der Intestaterben zur Entsiegelung des Testaments ist nicht vorgeschrieben; in der That kann sie bei der Unwesentlichkeit der Siegel nach österr. Rechte (§§. 587. 588. G. B. nicht ausgenommen) ohne Gefahr unterbleiben. — Zweckmäßig ist die Vorschrift, daß Jedermann, der eine letzte Willenserklärung in Verwahrung hat, verpflichtet ist, dieselbe bei Vermeidung ämtlichen Zwanges sogleich nach erlangter Kenntniß

*) Nach österr. Recht würde die Publication des Testaments durch den Notar nur zu einer überflüssigen Verschleppung und Vertheuerung des Verfahrens führen, da das Gericht jedenfalls die Testamentserben zur gerichtlichen Erbserklärung aufzufordern hat.

**) Diese Aenderung des bisherigen Vorganges dürfte wohl darin ihren Grund haben, daß die gerichtliche Verlesung eine nichtssagende Förmlichkeit ist, da einerseits die Betheiligten nicht vorgeladen, anderseits die eingesetzten Erben von Amtswegen schriftlich von ihrer Berufung verständigt werden.

***) Soll wohl heißen: der äußere Zustand des Testaments und Umschlags?

von dem Todesfalle, dem Gerichte vorzulegen (§. 34); doch fehlt die civilrechtliche Sanction für den Fall der unterlassenen sofortigen Vorlegung derselben von Seite des Verwahrers. Die zweckmäßige Bestimmung des §. 597. II. westgal. G. B., daß der Depositar im Unterlassungsfalle für allen daraus entstehenden Schaden hafte, ist gewiß nicht überflüssig. (Vgl. auch Unger, Verlaßabh. S. 133.)

Unklar ist die Bestimmung des §. 37 und deren Verhältniß zur Vorschrift des §. 38. Soll die gerichtliche Vernehmung der Zeugen einer mündlichen letztwilligen Anordnung jederzeit oder nur dann erfolgen, wenn keine Aufzeichnung (von wem?) vorliegt? Wir halten die diesfälligen Vorschriften des §. 65 Ges. v. 1854 für entsprechend und keiner Aenderung bedürftig. Hiernach wäre der §. 37 dahin zu ändern, daß die gerichtliche Constatirung, resp. Publication von Aufzeichnungen mündlicher letzter Willenserklärungen nur dann stattfinde, wenn ein von allen Zeugen eigenhändig gefertigter, ordnungsmäßig verfaßter Aufsatz vorliegt. Sohin wäre die im §. 38 angeordnete Vernehmung der Zeugen einer mündlichen letzten Willenserklärung auf den Fall zu beschränken, wenn ein solcher Aufsatz nicht vorhanden ist. — Für bedenklich halten wir die Bestimmuug des zweiten Absatzes des §. 38, demzufolge die Zeugen einer schriftlichen letzten Willenserklärung oder eines Erbvertrages vernommen werden können, wenn deren Vernehmung zur Aufklärung entstandener Zweifel zweckmäßig erscheint. Durch die Gestattung einer solchen offenbar formlosen Vernehmung wird viel zu viel in das Belieben, die Gewissenhaftigkeit, in das Wohl- oder Uebelwollen des Richters gelegt, zumal wenn erwogen wird, daß nach der allgemeinen Fassung des §. 38 selbst Zweifel über den Inhalt der letzten Willenserklärung Anlaß zu solchen formlosen „Aufklärungen" bieten können. Uns scheint die Sache einfach zu liegen: entweder hat die Urkunde die gesetzlich vorgeschriebene äußere Form, oder nicht. Im ersteren Falle ist dieselbe dem Erbschaftsverfahren zu Grunde zu legen; im letzteren Falle nicht.

§. 6.

Das Verfahren, wenn die Erben unbekannt oder abwesend sind.

Die in der Ueberschrift angeführten sehr wichtigen Fälle sind im Entwurfe leider nicht ausreichend geregelt. Zwar bestimmt der §. 41. Entw., daß die Aufforderung zur Erbserklärung „durch die öffentlichen Blätter kundzumachen sei, wenn es ungewiß ist, ob ein Erbberechtigter vorhanden, wenn die Person oder der Aufenthaltsort eines Erbberechtigten unbekannt, oder wenn anzunehmen ist, daß dem Erbschaftsgerichte nicht alle Erbberechtigten bekannt sind.“ Allein die Cardinalfrage, was Rechtens ist, wenn die Edictalcitation ohne Erfolg blieb, ob insbesondere der Curator die Erbschaft Namens des Abwesenden anzutreten befugt sei, ist mit vielen anderen sich daran knüpfenden Fragen nicht gelöst*) Die Wichtigkeit des in neuerer Zeit lebhaft besprochenen Gegenstandes dürfte eine nähere Ausführung und Motivirung der weiter folgenden Vorschläge rechtfertigen. Sachgemäß sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

I. wenn die Erben unbekannt sind;

II. wenn die bekannten Erben abwesend und ihr Aufenthaltsort nicht zu ermitteln ist.

ad I. Nach bisherigem österr. Rechte sind im ersteren Falle die unbekannten Erben mittelst öffentlichen Edicts aufzufordern, sich zu melden. Nach fruchtlosem Ablaufe der Edictalfrist ist der Nachlaß als erblos dem Fiscus zu übergeben; den Erben bleibt jedoch die Geltendmachung ihres Rechtes bis zum Ablaufe der Verjährungsfrist vorbehalten. (§§. 128—130 Ges. v. 1854.) Der aus diesem Anlaß bestellte Curator hat die Stellung eines Vermögensverwalters (§. 129 cit. und §. 282. a. b. G. B.). Diese Vorschriften sind in der Hauptsache zweckmäßig und stimmen im Wesen mit der Praxis des heutigen gemeinen Rechtes überein. (Vgl. Sintenis, III. §. 157. 3). Das römische Recht kennt in diesem Falle freilich nur

*) Der §. 42 Entw. bestimmt: „Wenn aus Anlaß eines Erbanfalles ein Curator zu bestellen ist, so ist hiebei nach dem Pflegschaftsgesetze vorzugehen.“ Es ist aber aus dem Erbschaftsgesetze nicht einmal zu ersehen, wann ein Curator aus Anlaß eines Erbanfalles zu bestellen ist?

eine cura hereditatis jacentis über Antrag der Erbschaftsgläubiger während der Deliberationsfrist des Erben. Von einer Pflicht des Gerichtes, die unbekannten Erben zu ermitteln, ist nirgends die Rede. (Vgl. das Präj. N. 278 Seuffert III.) Allein mit der Entwicklung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildete sich allmälig auch die Ausforschung unbekannter Erben aus. Ja, die gewohnheitsrechtliche Siegelung des Nachlasses, zu dem sich kein Erbe meldete, mußte nothwendig auch dazu führen, diejenigen auszumitteln, denen der unter gerichtliche Obhut genommene Nachlaß auszufolgen wäre *). Hierzu kamen noch fiscalische Interessen. Die Voraussetzung, daß der Nachlaß als erblos dem Staate auszuliefern sei, kann doch füglich erst dann als dargethan angesehen werden, wenn geeignete Mittel zur Ausforschung der unbekannten Erben angewendet, insbesondere deren öffentliche Vorladung erfolglos versucht worden ist. Mit Recht haben daher die neueren Codificationen die altersher übliche Edictalcitation der unbekannten Erben beibehalten. (Vgl. §§. 476—481 I. 9. des preuß. L. R.; §§. 2247 und 2619 des sächs. b. G. B.; hess. Entw. Art. 359. 3. Abth.) Nur das franz. Recht nimmt von der Edictalcitation Umgang. Meldet sich innerhalb der Deliberationsfrist Niemand, so wird dem ledigen (vacante) Nachlasse ein Pfleger bestellt, der die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen und den Erlös der Erbschaft an die öffentliche Kasse abzuführen hat **).

ad II. Ist blos der Aufenthaltsort der Erben unbekannt, so ist denselben nach §. 131 des Ges. v. 1854 ein Curator zu bestellen, welcher nach fruchtloser Edictalcitation die Erbschaft Namens der Abwesenden anzutreten hat. Der reine Nachlaß ist für dieselben bis zum Beweise ihres Todes oder bis zu ihrer Todeserklärung bei Gericht aufzubewahren. Hiebei macht das Gesetz keinen Unterschied, ob die Erbberechtigten einfach abwesend, oder durch längere Zeit vermißt — verschollen sind. — Offenbar geht diese Anordnung von

---

*) Vgl. Gruchot I. S. 215 und die daselbst cit. älteren Juristen, dazu noch Donner, Einl. in die österr. Rechte 1778 §§. 438—44, den von Unger Verlaßabh. S. 59 angeführten niederösterr. Rathschluß von 1649 u. ebend. S. 71 Note 23 die Vorschrift d. oberöst. Ldtafel V. 14 t.

**) Vgl. Art. 811—813. Code c. u. Art. 998—1002 C. pr., dazu Zachariä IV. §. 641. 642. Frey, III. §§. 726. 727. im Gegensatze zum Art. 768, der vom erblosen Nachlaß (succ. en déshérence) handelt.

der Präsumtion des Lebens der abwesenden Erben aus (vgl. §. 278 b. G. B.), — eine Präsumtion die sich zum Theile mit denselben Consequenzen auch im preuß. L. R. §. 38 I. 1. und im sächs. b. G. B. §. 45. findet *).

Es bedarf mit Rücksicht auf den heutigen Stand der Literatur kaum eines ausführlichen Beweises, daß jene Vorschrift sachwidrig ist. Sie ist practisch um so bedenklicher, als nach österr. Rechte die Präsumtion des Lebens eines Vermißten nicht etwa (wie nach heutigem gemeinen Rechte [Seuffert Arch. IX. N. 310], nach preuß. Rechte §. 38 I. 1. und dem sächs. G. B. §. 45) mit der Erreichung eines bestimmten Alters (von 70, resp. 90 Jahren) des Verschollenen ohne weiters aufhört, sondern dieser vielmehr bis zum Beweise seines Todes oder bis zur gerichtlichen Todeserklärung, welche nicht declaratorisch sondern constitutiv wirkt, als fortlebend angesehen wird. (§. 278 b. G. B., dazu vor Allem Unger Syst. I. S. 244 flg.) **) Die Folgen dieser Bestimmung sind ebenso anomal als diese

*) Nach preuß. Rechte I. 9. §§. 465—470 ist die Stellung des zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Curators eine höchst zwitterhafte. Die Cura soll nur eine Realcuratel sein, — eine Cura behufs ungeschmälerter Erhaltung des Erbschaftsvermögens, welches dem Anwesenden ipso jure angefallen ist. Derselbe kann daher für den Abwesenden weder entsagen noch definitiv annehmen. Und doch wird der Curator anderseits den Vormündern pflegebefohlener Erben gleichgestellt. (§. 469 cit.) Vgl. hierüber bes. Gruchot I. S. 204. 205 und Förster, Pr. P. R. I. S. 86. — Noch zwitterhafter ist die Stellung des Nachlaßcurators nach dem sächs. b. G. B. Einerseits wird er als bloßer Vermögenscurator hingestellt. Vgl. §§. 2247—2248. Anderseits ist die Verwaltung der Erbschaft nach den Vorschriften über die Altersvormundschaft zu beurtheilen. Und hiernach kann zu Folge der §§. 1990 und 1998 b. G. B. kein Zweifel übrig bleiben, daß derselbe die Erbschaft auch anzutreten befugt sei! Vgl. Siebenhaar III. S. 292 — Auch das Zürcher G. B. §§. 12—16 hat die Lebenspräsumtion aufgenommen und gestattet den Erwerb von Verschollenen angefallenen Erbschaften durch deren Vormund. Doch beschränkt es diese Vermuthung auf eine sehr kurze Zeit (15 Jahre von der letzten sicheren Kunde an gerechnet), wodurch die Mängel des Systems praktisch weniger fühlbar werden. Die dem Verschollenen innerhalb dieses Zeitraumes anfallenden Erbschaften hat dessen Vormund anzunehmen.

**) Gegen die constitutive Natur des richterlichen Erkenntnisses, mit welchem der Verschollene todt erklärt wird, haben sich mit Recht die meisten neueren Juristen erklärt, vgl. neuestens besonders Bruns, Bekkers Jahrb. I. S. 197 flg. Pfeiffer IV. S. 372 flg.; Windscheid, P. §. 53 N. 1;

selbst. So werden, um nur eine Consequenz hervorzuheben, dem Verschollenen alle Erbschaften und Vermächtnisse durch den Curator erworben, ohne daß dieser den Beweis zu liefern brauchte, daß der Verschollene den Erbanfall erlebt habe und dies z. B. auch dann, wenn seit der Geburt des Verschollenen mehr als hundert Jahre verflossen wären. Durch das Präsumtionssystem in dieser Gestaltung wird die Erbfolge zu Gunsten unbetheiligter Dritter in unnatürlicher Weise verschoben und das Successionsrecht von sonst wohlberechtigten Personen willkürlich zerstört*). — Allein selbst in jener gemilderten Form, in welcher sich die Lebenspräsumtion des heutigen gemeinen, des preußischen und sächsischen Rechtes darstellt, ist sie aus inneren Gründen nicht zu rechtfertigen. Mit Recht bemerkt neuestens Köppen, Erbr. S. 444: „Diese (die Lebenspräsumtion) steht in der That, soweit darauf der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen gestützt wird, mit dem Rechtsgefühle nicht im Einklang. Wenn es sich darum handelt, wie lange einer verschollenen Person ihr zurückgelassenes Vermögen zu erhalten, und wann sie zu beerben ist, so erscheint es als eine gerechte Fürsorge, ihren Tod erst mit dem Zeitpunkte zu präsumiren, wo sie das der Regel nach höchste Lebensalter des Menschen erreicht haben würde. Wird aber diese Präsumtion auch dazu benützt, um für sie noch Erwerbungen aus Erb- und Vermächtnißrechten zu ermöglichen, so kann darin nicht mehr eine billige Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen, sondern nur eine Verrückung des Erbrechtes gefunden werden, die auf Kosten der berechtigten Personen zum Nutzen Nichtberechtigter bewirkt wird. Die Erfahrung lehrt, daß den Verschollenen selbst jene Erwerbungen nicht zu Gute kommen, weil sie nicht zurückzukehren pflegen. Sie lehrt ferner, daß bei den heutigen Verkehrsmitteln öffentliche Ladungen einen Abwesenden in den entferntesten Himmelsstrichen erreichen und daß er ihnen nachkommt, wo sein Vortheil ihn dazu antreiben muß**).

Vangerow I. §. 33; Unger I. S. 241; Köppen, Erbr. S. 169 Note 1; Gruchot I. S. 56. Von neueren Codificationen ist das sächs. b. G. B. §. 43 und das Zürcher G. B. §§. 16. 17 der richtigen Ansicht beigetreten.

*) Vgl. Heise und Cropp, Jur. Abhandlung. II. S. 156 Note 22; Unger a. a. O.

**) Wir fügen hinzu, daß auch der Curator alle Mittel anzuwenden hat, um den Verschollenen ausfindig zu machen.

Haben sie diesen Erfolg nicht, so läßt sich also daraus wohl sein Tod, unmöglich aber die Vermuthung folgern, daß er demungeachtet noch bis zum vollendeten 70. Jahre gelebt habe. Es führt daher die Lebenspräsumtion zu dem Ergebniß, daß bei der Berufung des Verschollenen aus seiner Person Erbschaften und Vermächtnisse auf seine Erben transmittirt werden, deren Anfall er, wie man mit Grund annehmen muß, nicht mehr erlebt hat. Dies Ergebniß verletzt den Rechtssatz, nach welchem eine Person nach ihrem Tode nichts mehr erben kann und widerstreitet zugleich dem beim nasciturus ausdrücklich anerkannten Princip, daß aus der rechtlichen Fürsorge für hülfsbedürftige Personen Dritten keine Vortheile erwachsen dürfen."

Hieraus ergibt sich, daß die Lebenspräsumtion bis zu einem gewissen Alter nur hinsichtlich der eigenen Beerbung des Vermißten stattfinden soll, nicht aber wenn für ihn selbst Erwerbungen von Todeswegen in Frage stehen. Wer solche aus seiner Person beansprucht, möge den Beweis führen, daß er den Anfall erlebt habe; denn die Fortdauer des Lebens muß im Zweifel gleich jeder anderen Thatsache bewiesen werden. Von einem Anfall von Erbschaften an den Vermißten und deren Antritt durch den Curator des Verschollenen kann daher keine Rede sein. Hiermit ist eine Edictalcitation des Abwesenden unter dem Präjudiz — nicht des Verlustes des Erbrechts, sondern der Immission der mit- oder nachberufenen Erben recht wohl vereinbar, ja billig und sachgemäß. (Vgl. Köppen, S. 446—447.)

Nach diesen Ausführungen dürfte kaum ein Zweifel darüber übrig bleiben, daß der Grundsatz des bisherigen österr. Rechts (§. 131. cit.), dem zufolge der Curator die Erbschaft für den Abwesenden oder Verschollenen anzutreten hat, — ein Grundsatz, dem auch zum Theil die gemeinrechtliche Spruchpraxis (vgl. die bei Gruchot I. S. 203. 204. angeführten Entscheidungen), das sächsische und Zürcher Gesetzbuch (vgl. Note * S.64) angenommen haben *) — gänzlich aufzugeben und zu jenem Standpunkte zurückzukehren sei, den das Hofd. v. 4. Nov. 1846, Z. 1000 und noch das k. Pat. v. 28. Juni 1850

*) Nach preuß. Rechte fallen ohnedies Erbschaften dem Vermißten von Rechtswegen zu; doch ist dem Letzteren wenigstens die Wahl, die Erbschaft seinerzeit definitiv anzunehmen oder auszuschlagen, nicht benommen. Vgl. Gruchot I. S. 204. 205. — And. A. ist Koch Pr. R. II. §. 865 Note 5, der mit Rücksicht auf §. 390 I. 12 den Curator zum Erbschaftsantritt für berechtigt hält.

§. 76. 79. eingenommen hatte. Der Nachlaßcurator muß hiemit nur als Vermögenscurator (cur. bonorum) angesehen werden, dessen Aufgabe es lediglich ist, den Nachlaß bis zum Ablauf der Edictalfrist in möglichst unversehrtem Zustande zu erhalten und den Aufenthaltsort des Abwesenden zu erforschen, der jedoch dem Rechte des etwa rückkehrenden Verschollenen, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, durchaus nicht präjudiciren darf. Zu einer Personencuratel ist nicht der entfernteste Grund vorhanden *). Den richtigen Stand-

---

*) Die Bestimmungen des römischen Rechtes sind wegen der geänderten Beweistheorie h. z. T. nur zum Theile anwendbar. Dieselben unterscheiden zwischen Abwesenheit und Verschollenheit. Für den Abwesenden, dessen Leben nicht bezweifelt wird, kann der Mandatar oder curator absentis den provisorischen Erbschaftsbesitz erbitten. L. 7. pr. D. 37. 1. Der definitive Antritt bleibt der Ratihabition des Abwesenden vorbehalten. Nicht anders ist es nach heutigem gemeinen Rechte. Vgl. Köppen S. 423 folg., Sintenis III. §. 156, I. Pfeiffer, Prakt. Ausf. IV. S. 362. — Ist jedoch die Existenz des Abwesenden zweifelhaft, m. a. W. wird der Berufene vermißt, so wird demselben das Erbrecht bis zum späteren Nachweis seines Todes reservirt. Das röm. Recht kennt indeß keine Präsumtion des Todes, was sich aus dem freien römischen Beweisprincip erklärt, nach welchem der Richter nach seiner moralischen Ueberzeugung den Tod des Verschollenen für erwiesen ansehen konnte. L. 3. §. 2 D. 22. 5. Mit der modernen auf festen Regeln beruhenden Beweistheorie verloren die römischen Vorschriften das Fundament. Vgl. Köppen, S. 426—429. Unter dem Einfluße der italienischen Doctrin und des heimischen Rechtes bildete sich namentlich in der sächsischen Praxis ein eigenthümliches Verschollenheitsrecht aus: Der Verschollene wird bis zum hundertsten Lebensjahre als lebend vermuthet. Die nächsten Erben werden zunächst zu eigenem Rechte in den provisorischen, vererblichen Besitz des zurückgelassenen Vermögens eingesetzt. (Princip der anticipirten Erbfolge.) Mit Ablauf eines bestimmten Lebensalters des Verschollenen (des 70. oder 100. J.) hört die Lebenspräsumtion auf und übergeht der vorläufige Besitz in ein definitives Erbrecht. Später gestaltete sich die Präsumtion in der Art, daß die Vermuthung des Lebens mit dem vollendeten 70. Lebensjahre in die entgegengesetzte Vermuthung — des Todes überging. Hiezu trat im 18. Jahrhundert die Edictalcitation und förmliche Todeserklärung mit declaratorischer Wirkung. Bis zu jenem Zeitpunkte können die Präsumtiverben aus der Person des Verschollenen auch Erbschaften erwerben. Vgl. besonders die gründlichen Untersuchungen Bruns' in Bekker's Jahrb. I. S. 120—190 und Köppen S. 429—444. — In den österr. Ländern war die Uebung im vorigen Jahrhundert meist die, daß der Abwesende trotz der Fruchtlosigkeit der sub clausula perpetui silentii erlassenen Edictalcitation bis zum Ablaufe des 32. Jahres nach dem Tode des Erblassers noch als fortlebend angesehen und ihm Erbschaften durch den Curator erworben wurden. Die vermuthlichen

punkt hat in der Hauptsache von neueren Codificationen nur das französische Gesetzbuch eingenommen. Ist nämlich der Abwesende vom Gerichte für verschollen erklärt worden (déclaration d'absence, — welche mit der Todeserklärung nicht zu verwechseln ist), so können die nächsten vermuthlichen Erben auf ihre Einweisung in den provisorischen Besitz (poss. provisoire) des von ihm hinterlassenen Vermögens antragen, soweit nicht etwa der zurückgebliebene, in Gütergemeinschaft lebende Ehegatte die Fortsetzung der Letzteren verlangt und dadurch von Rechtswegen in die Verwaltung der zurückgelassenen Güter tritt. (Vgl. Art. 120—128 C. c. und Art. 859. 860. C. proc., dazu Marcardé und Mourlon, I. S. 62 flg.). Während der Dauer des provisorischen Besitzes haben die Präsumtiverben wesentlich die Stellung eines Vermögenscurators. — Die Einweisung in den definitiven Besitz (envoi en poss. definitif) wird dann ausgesprochen, wenn seit der Verschollenheitserklärung dreißig, oder seit der Geburt des Verschollenen hundert Jahre verstrichen sind. Die Wirkungen der definitiven Einweisung sind dieselben, als ob der Verschollene mit Tod abgegangen wäre. (Vgl. Art. 129—134 C. c., dazu Frey, I. §. 89—95, Marcardé und Mourlon, I. S. 62 bis 74.) — Allein dies Verschollenheitsrecht — bezieh. die demselben zu Grunde liegende Lebenspräsumtion — gilt nur soweit, als es sich um die eigene Erbschaft desselben, nicht aber wenn es sich um den Erwerb von Erbschaften (Legaten) für ihn handelt. Im letzteren Falle wird die Sache vielmehr so angesehen, als ob der Vermißte (présumé absent) oder Verschollene (déclaré absent) gar nicht vorhanden wäre*). Die eröffnete Erbschaft (das Vermächtniß) fällt an

---

Erben konnten selbst zu Curatoren ernannt werden, ja selbst gegen Caution den Nutzgenuß des Erbes erlangen, doch nur gegen die Verpflichtung zur Restitution der bezogenen Früchte im Fall der Rückkehr des Vermißten. Erbr. v. 1720. Tit. 16. §. 3., dazu Donner, §§. 443—447, Unger Verlaßabh. S. 48. 71. 95. — In der Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Rechts gehen die Ansichten über die Geltung der Lebenspräsumtion und der deutschrechtlichen Cura so weit auseinander, daß von einer herrschenden Meinung kaum die Rede sein kann. Vgl. Köppen, Erbr. S. 440 flg., Walter, D. P. R., §§. 107—109, Bluntschli a. a. O.

*) Als „abwesend vermuthet" ist diejenige in ihrem gewöhnlichen Aufenthaltsorte vermißte Person anzusehen, welche über Betreiben von rechtlich Betheiligten oder des Staatsprocurators vom Personalgerichte als solche erklärt

diejenigen, welche bei seinem Abgange (à son defaut) zur Erbfolge gelangen würden. Dem Rückkehrenden wird das Erbvermögen restituirt; auch behalten die Interimserben die im guten Glauben bezogenen Früchte. (Vgl. Art. 135—138. C. c., dazu Frey, I. §. 96. Marcardé S. 70. 71.) — Auf einer eigenthümlichen Combination der gewohnheitsrechtlichen Institute der Lebenspräsumtion und der anticipirten Erbfolge beruhen die Bestimmungen des Zürcher G. B. Während der ersten fünfzehn Jahre der Abwesenheit wird das Vermögen des Vermißten von einem Abwesenheitsvormund verwaltet, der auch die dem Vermißten anfallenden Erbschaften zu erwerben hat; während der nächsten fünfzehn Jahre, eventuell bis zur Todeserklärung, haben die jeweiligen nächsten Erben das Recht, die Nutznießung des in vormundschaftlicher Verwahrung liegenden Vermögens anzusprechen. (Vgl. §§. 13—16. 1969. G. B., dazu Bluntschli (Dahn), D. P. R. §. 229. 4. 5.)

Die Meinungen darüber, was in dieser Frage nach gemeinem Rechte h. z. T. Rechtens ist, gehen in der Theorie und der Spruchpraxis der Gerichte in der Hauptsache und in Einzelnheiten sehr auseinander. Fast allgemein wird anerkannt, daß die Grundsätze der deutschrechtlichen Cura (sei es mit anticipirter oder mit bedingter Succession der Präsumtiverben) nicht gemeinrechtliche Natur haben. (Vgl. Pfeiffer, Pract. Ausf. II. S. 238 flg., IV. S. 360 flg., Glück, 33. B. S. 260 flg., Sintenis, III. §. 156. Note 5 und 8., Mühlenbruch, B. 42. S. 466, von Germanisten namentlich Gerber, D. P. R. §. 247. Note 2., Walter D. P. R. §§. 107. 108., Bluntschli (Dahn), §. 229. 4. 5, von gerichtlichen Entscheidungen Seuffert Arch. III. 185. IX. 49. u. a. (Für die gemeinrechtliche Natur der deutschrechtlichen Cura trat namentlich Kraut, Vormundsch. II. §. 66. S. 258 flg. und neuestens mit historischer

---

worden ist. Vgl. Art. 112—114. In diesem Falle sind zugleich die erforderlichen Maßregeln zur Wahrung der Rechte des Abwesenden zu treffen. — Dagegen kann die „Verschollenheitserklärung" erst dann ausgesprochen werden, wenn seit dem spurlosen Verschwinden des Abwesenden vier, resp. falls derselbe einen Mandatar zurückgelassen hat, zehn Jahre verflossen sind, und das aus diesem Anlaß vorgenommene Zeugenverhör resultatlos geblieben ist. Das Endurtheil ist vom Justizminister in möglichst umfassender Weise bekannt zu machen. Vgl. Art. 115—119, dazu Frey I. §. 89. Marcardé S. 60. 61.

Entwicklung bes. Bruns, a. a. O. S. 189 flg. ein*). — Wohl aber kann der Satz gewohnheitsrechtliche Geltung in Anspruch nehmen, daß in Ansehung der eigenen Beerbung des Verschollenen das siebenzigste Lebensjahr als dessen Todesjahr anzusehen sei. (Vgl. Pfeiffer, IV. N. 9. S. 364 flg., Vangerow I. §. 33., Gerber §. 34., Walter §. 109., Unger I. S. 237. N. 14., Präj. bei Seuffert IX. 310 u. a., neuestens besonders Bruns a. O. S. 148. 175 flg., dagegen Sintenis I. §. 13. III. §. 156. N. 5.) — Bestritten ist dagegen: ob der Verschollene bis zum Ablauf des siebenzigsten Lebensjahres als fortlebend zu präsumiren sei, (dafür Glück a. O., Kraut, S. 258, Bruns, S. 170 flg., Arndts, Pand. §. 26., Holzschuher, II. S. 808. Präj. Seuff. V. 31. IX. 310), ob sodann — diese Präsumtion vorausgesetzt — insbesondere der Curator die demselben deferirten Erbschaften anzutreten befugt sei, (dafür Kraut, S. 258. 263, Holzschuher, II. 807., die bei Gruchot I. S. 203 cit. Erkennt., dagegen Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. II. §. 10. S. 162, Pfeiffer IV. S. 461., Gengler, D. P. R. II. S. 1341., Seuffert, Präj. IX. 49); oder ob der Erwerb nur auf Vermächtnisse und ipso jure anfallende Erbschaften zu beschränken sei (Glück a. a. O., Präj. Seuffert IX. N. 254); oder ob die Lebenspräsumtion gar nicht Platz greife (Heise u. Cropp II. a. a. O., Pfeiffer a. O., Mühlenbruch 42. B. S. 465 flg., Sintenis III. §. 160., Gerber §. 34., Walter §. 108., Bluntschli (Dahn), §. 17. 2), wobei die Meinungen wieder darüber auseinander gehen, ob die deferirten Erbschaften dem Verschollenen bis zum Eintritte der Todespräsumtion zu verwahren, durch einen Curator zu verwalten und dann erst den gegenwärtigen Erben des Erblassers zu überlassen seien**) (so Holzschuher mit Berufung auf die Praxis, II. S. 808. 6. und mehrere der von Köppen a. O. 44. angeführten Präjudicate***), oder ob die mit- oder nachberufenen Erben

---

*) Auch Beseler, D. P. R. §. 148, welcher in der ersten Auflage die deutschrechtliche Cura für ein particularrechtliches Institut erklärt hatte, spricht sich nunmehr für die gemeinrechtliche, „jedoch nur bedingt subsidiarische Geltung" derselben aus.

**) Heise und Cropp II. S. 171 finden zwar diese Praxis „unbedenklich"; allein sie erkennen S. 162 nicht diese, sondern eine andere Ansicht als die richtige an.

***) Walter, D. P. R. §. 108 nennt diese Ansicht „verschroben" „durchaus falsch". Der Berufene habe nur seine Verwandtschaft, nicht auch das

nach fruchtloser Edictalcitation des Verschollenen sofort definitiv in den Besitz der deferirten Erbschaft eingesetzt werden sollen (Mühlenbruch, 42. B. S. 466., Präj. Seuff. III. 185*), oder ob endlich diese Einsetzung nur unter Vorbehalt des Rechtes des Verschollenen für den Fall seiner Rückkehr erfolgen dürfe (Heise u. Cropp a. a. O. §. 10, Pfeiffer a. O S. 362 a. E., Sintenis, III. §. 160 Note 2, neuestens Köppen, S. 447 und in Ansehung der Repräsentationserben Walter a. O.) — Mag übrigens dogmatisch diese oder jene Meinung die richtige sein, für unseren Zweck genügt es, darauf hingewiesen zu haben, daß weder die Präsumtion des Lebens des Verschollenen bis zum Eintritt der Todesvermuthung, noch die Edictalcitation unter der Sanction des Verlustes des Erbrechts legislatorisch zu rechtfertigen sei, sofern es sich um einen dem Vermißten von Todeswegen zufallenden Erwerb handelt.

Sohin beantragen wir statt der weitläufigen, unklar und ungeschickt gefaßten §§. 77. 78. 128—131 des Pat. v. 9. Aug. 1854 und der §§. 41 u. 42 d. Entwurfes nachstehende Bestimmungen: Außer den im a. b. G. B. vorgesehenen Fällen ist ein Nachlaßcurator zu bestellen:

1. wenn die Erben abwesend und deren Aufenthaltsort unbekannt ist,

2. wenn die Erben unbekannt sind,

3. wenn die Erben mit dem Erbschaftsantritt zögern, über Antrag der Erbschaftsgläubiger, Legatare und Nacherben (§. 811. b. G. B.).

Der Curator hat die Verlassenschaft zu verwalten und zu vertreten; Erbschaftssachen darf er nur veräußern, wenn Gefahr am

---

Nichtdasein anderer Verwandten zu beweisen. — Gewiß solange nicht bewiesen ist, daß nähere Verwandte da sind! Anders aber, wenn die Existenz derselben, wenn auch nur für einen früheren Zeitraum, dargethan ist!

*) „Der Richter hat auf Antrag der Interessenten dem Abwesenden unter dem gesetzlichen (?) Präjudize des Verzichts auf sein Erbrecht durch öffentliche Ladung zu dieser Erklärung aufzufordern und nach fruchtlosem Ablauf dieses Termins die Erbschaft den allein sich meldenden Erben zu überlassen." Erk. d. Darmstädter O. A. G. v. 1845. Indeß die Vorladung unter dem Präjudiz der Repudiation ist gewiß mit den Quellen nicht zu vereinbaren. Denn die Deliberationsfrist mit dieser Sanction kann nur einem Erben gesetzt werden, der von der Delation weiß. Vgl. c. 22. §. 14. C. h. t. 6. 30. Vgl. auch Köppen Seite 443.

Verzuge ist; übrigens gelten für seine Vermögensverwaltung die für den Curator bonorum gegebenen Vorschriften. Er ist nicht befugt die Erbschaft für den Abwesenden anzutreten*). — Sind die Erben unbekannt, oder ist deren Aufenthaltsort nicht zu ermitteln, so sind dieselben durch ein auf drei Monate bis ein Jahr gestelltes Edict **) aufzufordern, sich zu melden, widrigens der Nachlaß ohne Rücksicht auf ihre Ansprüche den mit- oder nachberufenen Erben, falls sich aber Niemand melden würde, dem Staate als erblos übergeben werden würde. Den sich in der Folge meldenden Erben bleibt ihr Erbrecht bis zur Verjährung vorbehalten. Eine Präclusion vom Erbrecht auf Antrag der Betheiligten findet in diesen Fällen selbstverständlich nicht statt. — Die im §. 41 des Entwurfes verordnete Edictalcitation in Fällen, „wo anzunehmen ist, daß dem Erbschaftsgerichte nicht alle Erbberechtigten bekannt wurden", halten wir für nicht genügend begründet. Die Edictalvorrufung in solchen Fällen enthält nicht nur ein Mißtrauensvotum gegen die sich meldenden Erben, sondern dürfte auch zumeist erfolglos bleiben.

---

§. 7.

Der Testamentsvollzieher ***).

Der Vollzug des letzten Willens, insbesondere die Erfüllung von Auflagen und Abführung von Legaten, ist Sache der Erben oder sonst

---

*) Gegen die sachwidrige Bestimmung des §. 131 des Ges. v. 1854, vgl. auch Unger, Verlaßabh. S. 127. Note 11. und S. 208. Abs. 8.

**) Darüber, daß die Edictalfrist von einem Jahre nach dem jetzigen Stande des Zeitungswesens und der Verkehrsanstalten als Regel viel zu lang ist, dürfte wohl kein Zweifel sein. Vgl. Unger a. O. S. 208. N. 4., Kißling, Zeitsch. f. d. ö. Notariat 1860. Nr. 6. Unger beantragt ganz allgemein eine viermonatliche Edictalfrist.

***) Vgl. die verdienstliche historische Untersuchung Beseler's, Zeitsch. f. deutsch. R. IX. S. 144—228, 522—523, Mühlenbruch, 43. B. S. 390 bis 448, Sintenis, III. §. 182, Heimbach, R. Lex. X. S. 1011 flg., Gengler, D. P. R. II. S. 1468 flg., Unger, Erbr. §. 27, Koch, Pr. P. R. II. §. 836, Zachariä (Anschütz), IV. §. 715, neuestens besonders Gruchot II. S. 210—242.

damit Onerirten. Das den Honorirten zustehende Klagerecht macht regelmäßig Maßregeln, behufs sicherer Erfüllung dieser Obliegenheiten überflüssig. Doch schon bei Auflagen, aus denen Niemandem ein Klagerecht entspringt, deren Erfüllung daher in den guten Willen des Bedachten gesetzt ist, lassen es Rücksichten der Pietät gegen den in Form Rechtens ausgesprochenen Willen des Erblassers wünschenswerth erscheinen, daß diesem die Möglichkeit geboten werde, durch Ernennung eines Testamentsvollziehers die Verwirklichung seines Willens zu sichern, sofern nicht etwa das Gericht von Gesetzeswegen für die Ausführung derartiger Verfügungen zu sorgen hat.*) Aber auch abgesehen von Anordnungen der eben gedachten Art, kann für den Erblasser das Bedürfniß vorhanden sein, für die gewissenhafte und rasche Vollziehung seines Willens durch einen unbefangenen Dritten zu sorgen, so namentlich, wenn er wegen der ihm bekannten Unfähigkeit, Saumseligkeit oder Unverträglichkeit der Erben befürchtet, daß die billige Auseinandersetzung derselben oder die prompte Erfüllung der Vermächtnisse verschleppt werden, oder daß es darüber zu Mißhelligkeiten und Processen kommen könnte. — Das röm. Recht indeß kennt das Institut der Testamentsexecutoren nicht einmal dem Namen nach, obgleich Anklänge an Specialexecutoren letztwilliger Verfügungen schon im classischen

---

*) Schon nach röm. Rechte hat die Obrigkeit von Amtswegen zu interveniren, wenn es sich um gemeinnützige Zwecke handelt. Vgl. L. 50. §. 1. D. 5. 3. L. 92. D. 35. 1. L. 12. §. 4. D. 11. 7., dazu Sintenis, a. a. O. Note 2, Mühlenbruch, 43. B. S. 392—395, Arndts, §. 74. Ueber die mit diesem Punkte zusammenhängende Nov. 1. c. 1. 4. s. Arndts, §. 520, Anm. 2, Sintenis, §. 205. Note 20. Neuere Gesetzgebungen gehen hierin noch weiter, so namentlich das österr. Gesetz v. 1854 §. 157, dem zufolge der Erbe in dem sog. Testamentsausweise die Erfüllung oder Sicherstellung aller letztwilligen Verfügungen Punkt für Punkt nachzuweisen hat. So verwerflich die Anordnung der sog. Testamentsausweisung im Allgemeinen ist (vgl. Unger, Verlaßabh. S. 140.), in denjenigen Fällen, wo es sich um Auflagen handelt, aus denen Niemandem ein Klagerecht zusteht, ließe sich die Beibehaltung desselben immerhin rechtfertigen. Vgl L. 7 D. 33. 1. (In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt, — Interventu judicis haec omnia debent ... ad effectum perduci,) dazu Savigny, Syst. III. §. 129. Mühlenbruch, B. 43 S. 428., Unger a. O. S. 141. Nach österr. Recht ist freilich das Bedürfniß weniger dringend, da der Modus in der Rechtswirkung mit einigen Modificationen der auflösenden Bedingung gleichgesetzt wird. Vgl. §. 709—711. a. b. G. B.

Rechte vorkommen, und das Kaiserrecht die Ausführung *) wohlthätiger Zwecke durch eigens bestellte Personen erwähnt, bei deren Ermanglung oder Säumniß dem Ortsbischofe der Vollzug obliegen soll. (c. 28. 46. 49. C. 1. 3., Nov. 131. c. 11.) **). In Deutschland und Frankreich entwickelte sich das Institut der Testamentsvollstrecker ganz unabhängig vom römischen Rechte auf heimischer Grundlage. Ganz abgesehen davon, daß man schon frühzeitig den Geistlichen die Ueberwachung des Vollzugs letztwilliger Anordnungen zu übertragen pflegte, (vgl. Beseler a. O. S. 145—148, Mühlenbruch, S. 398 flg.), enthielt besonders die Vergabung von Todeswegen durch Vermittlung der Salmannen (manufideles, Treuhändler) den Keim zur selbstständigen Entwicklung dieses Rechtsinstituts ***). Als später zwar Testamente üblich wurden, ohne daß jedoch gleichzeitig der römisch-rechtliche Begriff der Universalsuccession des Erben Aufnahme fand, mußte es besonders wünschenswerth erscheinen, die Vollstreckung der im Grunde nur Vermächtnisse enthaltenden letztwilligen Anordnungen unter den Schutz unbefangener Vertrauensmänner zu stellen. So erscheint denn das Institut der Testamentsvollstrecker in jener Zeit als ein Product der praktischen Nothwendigkeit. (Vgl. Beseler, a. O. S. 148 flg.; Syst. 4. 164., Mühlenbruch, S. 401 flg., Sintenis, §. 182. N. 4). Mit der vollständigen Reception des römischen Princips der Universalsuccession des Erben entfiel zwar das Bedürfniß der Bestellung von Testamentsvollstreckern, welche bis dahin den Erblasser gleichsam repräsentirt hatten; nichts desto weniger erhielt sich aber die alte Uebung †). Es ist nun ganz begreiflich, daß sich dies Institut, dem nunmehr der Boden unter den Füßen weggezogen war, in Ermanglung eines lei-

---

*) Vgl. z. B. L. 12. §. 4. D. 11. 7. (Auftrag, das Leichenbegängniß zu besorgen), dazu L. 17. pr. und L. 88. §. 1. de Leg. II. Vgl. Mühlenbruch, 43. S. 395 flg., Sintenis, §. 182. N. 4.

**) Vgl. Mühlenbruch, 43. B. S. 399 flg. — Im canonischen Rechte findet sich auch schon der Name: executor test. Vgl c. 17. 19. X. 3. 26.

***) Den Salmannen wurde der Gegenstand mit der Bedingung übergeben, denselben dereinst nach Anordnung des Erblassers einem Andern zu übergeben. Vgl. Beseler, R. (2. Aufl.) §. 164.

†) Sofern man den Executor als Stellvertreter des Erblassers auffaßte, mußte geradezu eine Collision zwischen ihm und dem nunmehr den Erblasser allein repräsentirenden Erben eintreten, was freilich nicht sofort gefühlt wurde. Vgl. Sintenis a. a. O., Beseler, D. P. R. §. 164, dazu Gerber, §. 265. Note 7.

tenden Princips in ziemlich regelloser und willkürlicher Weise fortentwickelte *). Man lehnte dasselbe im 16. u. 17. Jahrhdt. vorwiegend an die Vormundschaft an. (Executores t. tutoribus aequiparentur; vgl. Beseler a. O. S. 161 flg.). Als die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts die Unhaltbarkeit dieser Analogie einsah, kehrte sie zu dem schon im römischen Rechte angedeuteten Gesichtspunkt des Mandats zurück. Diese Auffassung ist trotz des besonders von Beseler a. a. O. S. 165—228 in eingehender historischer Darstellung versuchten Nachweises der Unhaltbarkeit derselben auch noch heutzutage die gemeinrechtlich herrschende, und liegt unläugbar allen neueren Codificationen zu Grunde **). Der Haupteinwand B.'s S. 165 u. f., daß ein Mandat nicht denkbar sei, welches erst nach dem Tode des Mandanten wirkt, ist schon nach römischem Rechte nicht richtig (vgl. die in der Note * S. 74 angeführten Stellen), noch minder nach heutigem Rechte (vgl. c. 17. 19. X. 3. 26.) und muß dort ganz weichen, wo die Gesetzgebung das Institut unter diesem Gesichtspunkte behandelt. Gegenüber der weiteren Einwendung: das Mandat reiche nicht aus, um das Rechtsverhältniß des Testamentsvollstreckers seiner wahren Natur nach zu bestimmen, mag so viel zugegeben werden, daß es sich hier um ein ganz eigenthümliches, von dem regelmäßigen Auftrage durch Voraussetzung und Rechtswirkung mannigfach verschiedenes Mandatsverhältniß handelt, und daß das ganze Rechtsinstitut bei der erst seit wenigen Jahrzehnten begonnenen Umbildung desselben auf dieser neuen Grundlage gemeinrechtlich auch noch heutzutage als ein unfertiges, im Einzelnen viele Bedenken hervorrufendes Rechtsgebilde erscheint. Allein dieses Zugeständniß vermag die Richtigkeit der Grundauffassung nicht

---

*) In den österr. Ländern scheint das Institut der T. E. bei der frühzeitigen Intervention der Aemter bei der sog. Abhandlung des Nachlasses nie festen Fuß gefaßt zu haben. Doch wird desselben Erwähnung gethan. Vgl. Unger, Blaßabh. S. 51 flg., Donner, Einl. in d. österr. R. II. §. 508. — Nach altböhmischen Recht hatte der Kämmerer testamentarische Anordnungen über Ansuchen der Betheiligten mittelst Besitzeinweisung und Sequestration zu vollziehen. Vgl. Vikt. Korn. z. Všehrd, O právích VII. 10. So erscheint denn schon frühzeitig der Richter als supremus t. executor. Vgl. auch Nov. D. Ferdinands III. Ji. 7.

**) Vgl. §§. 557—562 I. 12 des preuß. L. R.; art. 1025—1034 Code c.; §§. 816, 817 des österreich. b. G. B.; §§. 2230—2245 des sächs. b. G. B.; §§. 2099—2101 Zürcher G. B.

zu erschüttern*). Es tritt übrigens vollständig in den Hintergrund vor der eigenen Bemerkung Beseler's S. 174, daß man mit seinem Principe (nach welchem der Testamentsexecutor zu Folge einer gewohnheitsmäßigen Erweiterung der Testirfreiheit als formeller Repräsentant des Erblassers erscheint, — dazu bestimmt, die Erben [die materiellen Repräsentanten desselben] von der Vollziehung des Testaments ganz oder theilweise auszuschließen), „auch nicht auskomme, um das Recht der Testamentsexecutoren vollständig zu entwickeln; ja die Schwierigkeit beginne erst recht, wenn es sich um die Darstellung des Einzelnen und namentlich um das Verhältniß des Executors zum Erben handle; — auch sei das Bedenken nicht abzuweisen, ob auch nur diese moderne Auffassung der Testirfreiheit, nach den Rücksichten der Zweckmäßigkeit betrachtet, der streng römischen vorzuziehen sei und ob nicht Manches gegen diese Theilung der Erbegewalt zu sprechen scheine **).“

Gegen das eigene Princip B.'s ist aber positiv hervorzuheben, daß eine Spaltung der Repräsentation des Erblassers in eine „materielle“ (Vermögensvertretung) durch die Erben, und eine „formelle“ (mit welchem Inhalt?) durch den T. Executor ebenso begriffswidrig, als in den praktischen Consequenzen unhaltbar und verwirrend ist. Soll nämlich der Ausdruck „Repräsentation des Erblassers durch den Erben“ nicht eine nichtssagende oder gar irreführende Redensart sein, so kann damit nur gesagt werden wollen, daß der Erbe in den gesammten Vermögenskreis des Erblassers eintrete, und nunmehr gerade so das Subject dieses Vermögens sei, wie es ehedem der Erblasser gewesen ist ***). Für die Scheidung einer „materiellen“ und „formellen“ Nach-

*) Finden wir uns doch in Ansehung der Reallasten, welche früher als servitutes juris germanici aufgefaßt wurden, und die ihrem Wesen nach doch nur Obligationen sind, in einer ganz ähnlichen Lage. Vgl. über diesen Gegenstand Gerber, P. R. §. 168, Randa, Besitz, §. 24, Note 37.

**) Vgl. auch Sintenis a. O., Note 4 a. E., der ganz richtig bemerkt: „Es stehe also m. a. W. die Thatsache fest, daß ein solches Recht großen Theils bis jetzt noch gar nicht existirt.“ Ebenso gesteht ein Anhänger der Theorie B.'s, Walter, D. P. R. §. 423, Note 1, daß B. und dessen Vorgänger „Pauli (Abhandl. aus d. Lübisch. R. III., §. 16 17) eine rechte Klarheit und Einfachheit in diese Lehre noch nicht gebracht hätten.“

***) Vgl. Unger VI., §. 2, Note 8, Gengler II., S. 1468 und die bei Gruchot II. S. 213 cit. Erk. des Berliner O. Tribunals: „Der T. E. tritt nicht an die Stelle des Erben; er vertritt ihn nur.“

folge in das Erbvermögen ist da offenbar kein Platz. Der T. Vollstrecker tritt weder „formell" noch „materiell" in das Vermögen des Erblassers ein; — er hat lediglich kraft des Auftrags des Letzteren den Erben in Ansehung des Vollzuges der letztwilligen Anordnungen zu überwachen, beziehentlich diesen durch persönliche Einwirkung zur Vollziehung anzuhalten und zu diesem Behufe nöthigenfalls die Intervention des Gerichtes — je nach Lage der Gesetzgebung im Wege der streitigen oder der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit — in Anspruch zu nehmen *); nach Umständen hat er den letzten Willen des Erblassers selbst zu vollziehen, nämlich soweit es sich entweder um seine persönliche Thätigkeit handelt (wie z. B. bei der Erbvertheilung), oder soweit er die Mittel zur Ausführung aus der Erbschaft selbst in Händen hat (wie bei Ausbezahlung von Legaten u. d.) **). Weiter reicht der natürliche Wirkungskreis der T. Executoren nicht, — und selbst eine vom Erblasser ertheilte umfassendere Befugniß würde insofern ganz unwirksam sein, als damit gegen das Grundprincip des Erbrechtes verstoßen würde: daß der Erbe das allein berechtigte und verpflichtete Subject des Erbvermögens ist ***).

Daher ist derselbe nicht befugt, für sich (ohne Beitritt der Erben) Erbschaftsschulden einzuklagen; noch kann derselbe von Erbschaftsgläubigern oder Legataren mittelst Klage auf Zahlung belangt werden †)

---

*) Mit Recht bemerkt Gengler II., S. 1473, 1475, daß im Zweifel nicht zu vermuthen sei, daß der T. E. außer der Ueberwachung des Vollzugs des letzten Willens auch noch die Nachlaßregulirung (Verwaltung des Erbguts, Einziehung der Activen, Bezahlung der Legate u. s. f.) zu besorgen habe. Setzt doch die Entwicklung der letzterwähnten Thätigkeit voraus, daß der T. E. mindestens die Detention des Nachlasses erhält, die man gewiß nicht ohne Weiteres dem Erben entziehen darf. Und will man dem T. E. gegen den die Uebergabe verweigernden Erben die H. Pet. geben?

**) Daß der Erblasser in Ermanglung näherer Bestimmungen des Erblassers zu diesen Handlungen befugt sei, wird allgemein anerkannt. Vgl. Sintenis a. O., Mühlenbruch 43 B., S. 417 flg., Beseler §. 164, Bluntschli §. 247, Unger §. 26, Koch §. 836. — Erfüllt der T. E. Legate und andere Aufträge des Erblassers aus Eigenem, so kann er vom Erben den Ersatz mit der a. mand. contraria (utilis) fordern. Vgl. Gruchot, II. S. 227.

***) Vgl. Sintenis III., §. 182, Gerber §. 265, Note 7, Heimbach, S. 1044 flg., Gengler, Priv. R., S. 1470 flg., Zachariä IV. a. O., S. 363 flg. — Weiter geht freilich der bayr. Cod. Max. III. 2. K., §§. 15—20.

†) Dagegen hält Beseler, S. 218, 219 mit den daselbst Note 145 Angeführten den T. Vollstrecker zur Führung von Processen für die Erbschaft für

— und zwar selbst dann nicht, wenn er die Mittel hierzu aus dem Nachlasse in Händen hätte *), noch weniger aber kann er für befugt erkannt werden, die Erben auf Ausfolgung der Mittel behufs Befriedigung der Legatare zu klagen **). In allen diesen Fällen ist aktiv wie passiv lediglich der Erbe zur Proceßführung legitimirt, wobei indeß ein Interventionsrecht des T. Executors nicht ausgeschlossen ist ***). Zur Verwaltung des Nachlasses bez. zur Veräußerung einzelner Objecte ist der Letztere nur dann befugt, wenn er dazu ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt erscheint. Zu einer schiedsrichterlichen Wirksamkeit ist er kraft seiner Stellung keinesfalls berufen. (S. Mühlenbruch, S. 419.) Der Obrigkeit steht gemeinrechtlich eine Ueberwachung des T. Executors nicht zu (Beseler, S. 206, Sintenis §. 182. 5, Mühlenbruch S. 428—430); es sei denn, daß es sich um die Ausführung wohlthätiger oder gemeinnütziger Anordnungen handeln würde. (Vgl. N. * S. 73. 74.) Es versteht sich nach der Natur des

---

activ wie passiv legitimirt, und will den Erben höchstens ein Interventionsrecht einräumen. Diese Auffassung stellt das wahre Sachverhältniß geradezu auf den Kopf. Alsdann ist der T. Exekutor in der That auch „materiell" — Repräsentant des Erblassers, und es bleibt dem Erben nichts übrig, als die Proceßführung desselben einfach anzuerkennen. Welche Fülle von Zweifeln und Controversen hier im Einzelnen entstehen müsse, bedarf kaum einer Andeutung.

*) So Mühlenbruch, S. 421 flg., 444, da angeblich der T. Exekutor gleichsam als Onerirter zu betrachten sei (?), und Unger VI., §. 27, Note 7, — dagegen Sintenis a. O., Note 9. Diese Auffassung beruht auf der ungerechtfertigten Unterstellung, daß der T. Vollstrecker ex legat. obligirt sei. Der Umstand, in wessen Händen sich ein legirtes Object befinde, ist für die Frage, gegen wen die Klage aus dem Vermächtnisse anzustellen sei, ganz irrelevant. — Nach österr. Recht ließe sich für die Meinung Unger's höchstens der freilich räthselhafte §. 1019 b. G. B. anführen. Vgl. dag. auch Gruchot II. S. 232 Note 1.

**) So Mühlenbruch, S. 421, Note 92, — eine gewiß nicht zu billigende Annahme; denn wer gibt dem Executor das Mandat, sich für den Legatar in den Vermächtnißstritt einzulassen?

***) Unbestimmt spricht sich über diesen Punkt, sowie über die Legitimation des T. E.'s zur Proceßführung die Mehrzahl der Schriftsteller aus; man vgl. selbst Sintenis § 182, 1), Bluntschli §. 247, 3), 4), Mühlenbruch S. 421—424, Gerber §. 265 a. E., der dies für eine quaestio facti erklärt, Walter a. O. Hier zeigt sich am besten, wie schwankend und unfertig das Institut der T. E. noch h. z. T ist. Gewiß kann jedoch der Testator den T. E. zur Proceßführung ermächtigen. Vgl. Gruchot II. S. 232 u. Seuffert, Präj. III. 174. VI. 226.

Rechtsverhältnisses, daß der ernannte T. Executor das Mandat nicht anzunehmen braucht, daß er es aber, wenn er es übernommen hat, nicht willkürlich zurücklegen kann. Da derselbe ferner sein Mandat vom Erblasser empfangen hat, welcher unstreitig die Bedingungen und Formen vorzeichnen kann, unter denen die Erben den Nachlaß erhalten sollen, so kann er seiner Stellung von diesen nicht enthoben werden. Sein Mandat ist hiernach ein unwiderrufliches *). Doch kann derselbe über Ansuchen der Erben vom Gerichte seines Auftrags aus solchen Gründen entbunden werden, welche ihn nach menschlicher Voraussicht des Vertrauens des Erblassers beraubt haben würden **). Ist dem Testamentsexecutor eine Geschäftsführung, insbesondere eine Vermögensverwaltung übertragen, so hat er den Betheiligten, namentlich den Erben, sowie ein Bevollmächtigter Rechnung zu legen ***).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der T. Executor unwiderruflicher Mandatar des Erblassers zur Besorgung solcher Geschäfte ist, welche sonst regelmäßig dem Erben obliegen. Er handelt im Auftrage des Erblassers für den Erben. Diesen also vertritt er, — und nicht etwa den Erblasser, der nicht existirt und daher auch nicht mehr vertreten werden kann †). Wenn daher Manche von einer Repräsentation des Testators durch den T. Executor sprechen, so beruht dies entweder auf einer völligen Verkennung des juristischen Wesens des Verhältnisses oder auf der bereits früher getadelten, mißbräuchlichen und verwirrenden Unterschiebung des Begriffs „Repräsentation,“

*) Der Mandant, der ihm den Auftrag auf den Todesfall gegeben hat, existirt nicht mehr; seine Rechtsnachfolger aber sind nach der Natur der Sache stillschweigend vom Widerruf ausgeschlossen. Ist doch der T. Executor zu ihrer Ueberwachung und Controlle bestellt. Vgl. Sintenis §. 182, 6, Mühlenbruch, S. 438, Beseler, P. R. §. 164, Abs. 8, Unger a. a. O.

**) Vgl. Beseler, S. 194, Mühlenbruch, S 439, Sintenis §. 182.

***) Vgl. Beseler, S. 219 flg., Mühlenbruch S. 423, 441, Sintenis a. a. O. Die Frage über die Honorirung des Executors ist nach den Regeln des Mandats zu beurtheilen.

†) Vgl. besonders Sintenis a. a. O., Gerber §. 265, Note 7, Unger und Gengler a. a. O., Arndts, §. 504, Gruchot II. S. 212 flg. Koch a. a. O., auch Mühlenbruch S. 438, 441 flg., welcher jedoch dieses Princip nicht consequent festhält, ja den T. E. geradezu einem Honorirten und Onerirten gleichstellt (S. 443). Hiedurch wird M.'s Darstellung schwankend, widersprechend und in den Consequenzen oft ganz unhaltbar (vgl. z. B. S. 441—446). Vgl. dagegen auch Sintenis a. O., Note 17.

wo höchstens figürlich von einer Vertretung des Willens des Erblassers die Rede sein darf *).

Von der richtigen Auffassung der rechtlichen Stellung des Testamentsexecutors gehen sämmtliche neuere Codificationen aus. So zunächst das preuß. L. R., welches denselben ausdrücklich als Bevollmächtigten des Testators erklärt (§. 557 I. 12.), ohne übrigens ausreichende Bestimmungen über den Umfang seiner Macht zu geben. Die Verwaltung des Nachlasses kann derselbe nur kraft besonderer Verfügung erlangen, in welchem Falle er den Erben auch Rechnung zu legen hat (§§. 558. 562. I. 12) **). Bei einem Streite über den Sinn einer Verordnung des Erblassers zwischen ihm und dem Erben, gebührt seiner Meinung der Vorzug. (§. 561 ebend.) — Ausführlich ist das Institut der T. E. im französ. Rechte geregelt. (Art. 1025—1034 C. c.) Der T. E. wird als Bevollmächtiger aufgefaßt. (Art. 1032.) Von Rechtswegen hat er nur das Recht und die Verpflichtung, die Erfüllung aller testamentarischen Anordnungen insbesondere die Auszahlung der Legate zu überwachen und gegen den Erben den Verkauf des Mobiliar- und Immobiliarnachlasses zu betreiben, soweit dies zur Befriedigung der Legatare nothwendig ist. Zur Verwaltung des Nachlasses und zur Proceßführung ist er nicht berechtigt; doch kann er in Rechtsstreitigkeiten, welche die Giltigkeit oder Vollziehung des Testaments betreffen, interveniren (Art. 1031) ***).

---

*) Als Repräsentant des Erblassers wird der T. E. aufgefaßt von Beseler, S. 174, P. R. §. 164, Walter, P. R. §. 423, Bluntschli, D. P. R. §. 247, 3), der sich hierfür mit Unrecht auf den §. 816 des österr. G. B. beruft. Vgl. dagegen die in der vorigen Note cit. Schriftsteller.

**) Aus dem Wortlaute des §. 558: „Ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung des Nachlasses verbunden . . . .“ will Koch II., §. 836, Note 22 mit Unrecht die gesetzliche Verwaltungsbefugniß des T. E. ableiten. Vgl. dagegen Bornemann VI., S. 448, Gruchot II. S. 224, Beseler a. O. S. 188, dazu das Rescript v. 12. October 1837. Zur Vollziehung des letzten Willens an sich gehört die Verwaltung des Nachlasses gewiß ebensowenig als die Verwahrung desselben und die Bezahlung der Schulden der Erbschaft, — wie Koch II., §. 836 irrig voraussetzt. Daß der T. E. nicht zur Proceßführung legitimirt sei, erkennt auch Koch a. O. Note 20 an, was freilich nicht zu seiner am Schlusse des §. 836 ausgesprochenen Behauptung stimmt, daß derselbe „im Verhältnisse zu Dritten allerdings giltig veräußern und Fordernngen einziehen könne.“

***) Vgl. Zachariä (Anschütz) IV., §. 715, S. 364, 565, Frey III., §. 800, Marcardé und Mourlon I.. S. 382 flg. Es wird durchwegs aner-

Besitz und Verwaltung des Nachlasses bleibt den Erben. — Ist jedoch dem T. E. Besitz und Verwaltung (saisine) des Mobiliarnachlasses vom Testator ausdrücklich übertragen worden, so kann er alle Mobiliarvermächtnisse selbst auszahlen, zu diesem Zwecke Nachlaßfahrnisse veräußern und Forderungen einziehen. Auch bezüglich des Immobiliarnachlasses kann demselben diese Macht vom Testator eingeräumt werden*). Auf Zahlung von Erbschaftsschulden kann er nicht belangt werden. (Vgl. Zachariä a. O. S. 366.) Der T. E. ist übrigens stets zur Rechnungslegung verpflichtet (Art. 1031). Seine Vollmacht erlischt in dem Falle, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses eingeräumt worden ist, binnen Jahresfrist**). — Das österr. b. G. B. enthält lediglich die principiell allerdings richtige Bestimmung, daß der T. E., wenn er den Auftrag annimmt, „schuldig ist, als ein Machthaber die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben." (§. 816.) Ueber die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen hat er sich gemeinschaftlich mit dem Erben gegenüber dem Erbschaftsgerichte auszuweisen. (§. 164 Ges. v. 1854.) Nähere Vorschriften über die Stellung des T. E. finden sich in unserer Gesetzgebung nicht***). „Da nach österr. Recht das Gericht ohnehin als supremus testamenti executor einschreitet, so stellt sich die Ernennung eines T. E. als ziemlich überflüssig heraus." (Unger, Erbr. S. 125.) — Eingehend und im Ganzen angemessen sind die Bestimmungen des sächs. b.

---

kannt, daß der T. E. als Geschäftsführer der Erben anzusehen sei; bedeutende Juristen sind sogar der Ansicht, daß der Erblasser den T. E. nur zu denjenigen Verrichtungen bevollmächtigen könne, welche das Gesetz ausdrücklich oder folgerungsweise für Verrichtungen des T. E. erklärt. Vgl. Zachariä a. O., Note 13. — Zur Siegelung und Inventarisation des Nachlasses ist der T. E. nur dann verpflichtet, wenn minderjährige, entmündigte oder abwesende Erben interveniren. Vgl. art. 1031 C. c.

*) Vgl. über diese Controverse Anschütz a. O., Note 25. Viele dagegen, (so Zachariä a. O., S. 366 und Marcardé I., S. 382) bestreiten dies Recht des Erblassers. Diese Frage hängt mit der in der vorigen Note erwähnten Controverse zusammen.

**) Vgl. art. 1026, dazu Zachariä a. O., S. 367. Das Gericht kann die Frist verlängern.

***) Von unseren Schriftstellern spricht sich nur Unger VI., §. 26, Note 7 bestimmt und sachgemäß über diesen Punkt aus. Was namentlich Stubenrauch I., S. 1083, 1084 hierüber bemerkt, ist bloße Umschreibung des Gesetzes.

G. B.'s. (§§. 2230—2245.) Auch ihnen liegt die Auffassung des T. E. als Mandatars des Testators und Geschäftsführers der Erben zu Grunde*). Als solcher hat er für die Ausführung des letzten Willens, für Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses und für Sicherung der Erbschaft zu sorgen (§. 2237)**). Zur Verwaltung derselben ist er nur berechtigt, wenn ihm dieselbe aufgetragen worden ist (§. 2238). Zur Vertretung der Erbschaft ist er weder befugt, noch verpflichtet (§. 2240). Doch kann er auf Erfüllung solcher Verfügungen klagen, bei welchen es sich blos um das persönliche Interesse des Erblassers handelt (§. 2237)***). Aus triftigen Gründen kann das Gericht den T. E. über Anlangen der Betheiligten der Stellung entheben. (§. 2241.)

Werfen wir nun einen Blick auf die Bestimmungen des Entwurfes über den Testamentsvollzieher, dessen Bestellung nun nicht mehr, wie nach bisherigem Recht, in das Gebiet der Ueberflüssigkeiten gehören dürfte, da das Gericht nach §. 3 des Entwurfes nicht von Amtswegen dafür Sorge zu tragen haben wird, daß der Erbe die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfülle. Die bezüglichen Vorschriften (§§. 4—6) sind zwar befriedigend, bedürfen aber einiger Ergänzungen zur Beseitigung von etwa auftauchenden Zweifeln. Der Entwurf geht von der richtigen Ansicht aus, daß das Mandat des T. E. sich zunächst nur auf den Vollzug des letzten Willens beschränkt und daher, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Vermögensverwaltung nicht in sich begreift. Zweckmäßig ist die Vorschrift, daß die Ernennung des Executors in Testamentsform zu erfolgen habe. Doch dürfte eine Zusatzbestimmung des Inhaltes, daß die Bestellung des-

---

*) Das gegenseitige Verhältniß zwischen den Erben und dem Vollzieher in Beziehung auf die Geschäftsführung ist, selbst wenn es nicht durch einen Auftrag der Ersteren an den Letzteren entstanden ist, nach den Vorschriften der Geschäftsführung vermöge Auftrags zu beurtheilen. (§. 2244.)

**) Warum der T. E. jederzeit ein Inventar zu errichten verpflichtet sein soll, ist nicht einzusehen! Diese Verbindlichkeit läßt sich nur im Falle der übertragenen Vermögensverwaltung rechtfertigen. Außer diesem Falle wird auch der T. E. oft nicht einmal in der Lage sein, nach eigener Anschauung ein genaues, wahrheitsgetreues Inventar anzufertigen, da einzig und allein dem Erben Besitz und Detention des Nachlasses zukommt.

***) Ein Interventionsrecht in Erbschaftsprocessen kommt ihm nicht zu. Vgl. Siebenhaar III., S. 289.

selben auch in Form eines schriftlichen Vertrages erfolgen könne, dem Bedürfniß des Lebens entsprechen*). — Außerdem aber sind noch nachstehende Ergänzungsbestimmungen dringend zu empfehlen: Der Vollzieher ist zur Vertretung des Nachlasses weder berechtigt noch verpflichtet; dieselbe steht ausschließlich dem Erben zu. — Der T. E. hat weder das Recht der Auslegung einer letztwilligen Anordnung, noch ist derselbe zu einer schiedsrichterlichen Thätigkeit befugt, unbeschadet einer anderweitigen Anordnung des Erblassers. — Das Gericht kann den T. Vollzieher aus Gründen, welche ihn des Vertrauens unwürdig machen, über Ansuchen der Betheiligten seiner Stellung entheben. — Folgen die erstgenannten Vorschläge aus der früher dargelegten Natur des Rechtsverhältnisses, so ist die zuletzt beantragte, durchaus nicht selbstverständliche Vorschrift bei der Unwiderruflichkeit des Mandats zum Schutze der Erben unerläßlich. — Schließlich wäre auch eine Vorschrift des Inhaltes zu empfehlen, daß das Erbschaftsgericht über Ansuchen des Testators die Erfüllung derjenigen letztwilligen Verfügungen zu überwachen habe, aus denen Niemand ein Klagerecht erwirbt**).

---

*) Im gemeinen Rechte ist die Frage nicht unbestritten, doch fordert die Mehrzahl der Juristen und die Praxis die Form des Testaments, resp. Codicills. Vgl. Beseler a. O., S. 180, Sintenis §. 182, Bluntschli, §. 247. 2). — Auch nach franz. Rechte muß wohl die Ernennung des T. E. in Testamentsform erfolgen. Vgl. Zachariä IV. §. 715, Marcadé I. S. 382. — Dagegen ist nach preuß. und österr. Recht die Berufung des T. E. an keine Form gebunden, was bei der Wichtigkeit des Acts und der Schwierigkeit der Beweisführung nicht zu rechtfertigen ist. Vgl. Bornemann VI., S. 447, Koch a. O.; Unger VI., §. 27, Note 6, Stubenrauch I. S. 1083. (Dagegen Kuh, österr. Ger. Zeit. 1864, Nr. 7 mit ganz unstichhaltigen Gründen.) — Das sächsische b. G. B. gestattet die Bestellung des Vollziehers nur in der Form eines Testaments (Erbvertrags) oder eines gerichtlich abgeschlossenen Vertrags (§. 2230). Die Förmlichkeit des gerichtlichen Abschlusses ist wohl ebensowenig zu billigen, als anderseits die von Beseler, S. 181 flg. gegen die vertragsmäßige Bestellung überhaupt erhobenen Bedenken. Der Haupteinwand B.'s, daß die Widerruflichkeit einer solchen Beredung nicht unbedingt zu behaupten sei, verkennt offenbar die Natur des Mandats. — Das Zürcher G. B. (§. 2099) und der hess. Entwurf (§. 204) fordern gleichfalls Testamentsform.

**) Zur Begründung dieses Antrags vgl. Note * S. 73.

§. 8.

Die Thätigkeit des Erbschaftsgerichtes in Ansehung der Legatare, Nacherben, Notherben und Erbschaftsgläubiger.

Als einen erfreulichen legislatorischen Fortschritt begrüßen wir es, daß der Entwurf den Grundsatz des bisherigen Rechtes fallen gelassen hat, daß der Nachlaß dem Erben nur nach Befriedigung oder Sicherstellung der Legatare, Pflichttheilsberechtigten, Nacherben und Erbschaftsgläubiger eingeantwortet werden darf, — ein Grundsatz, der im a. b. G. B. und im Pat. v. 9. August 1854 gegen das ältere Recht*) lediglich in der Richtung abgeschwächt erscheint, daß das Gericht in der Regel nicht von Amtswegen, sondern erst über Ansuchen der Parteien für dessen Vollzug zu sorgen hat. Mit anderen Worten: Das im älteren Rechte streng durchgeführte Princip, daß dem Erben nur der reine Nachlaß ausgefolgt werden soll, ist im a. b. G. B. und im Pat. v. 9. August 1854 nicht aufgegeben, sondern nur die Art der Verwirklichung desselben ist modificirt **). Die Realisirung des Grundsatzes erfolgt nämlich in der Regel erst über

---

*) Ueber dieses vgl. Unger, Verlaßabh. S. 61 flg. 80 flg.

**) Nur so ist die Behauptung Unger's, Verlaßabh. S. 135 und Erbr. S. 161: „Nur der reine Nachlaß soll dem Erben eingeantwortet werden" zu verstehen. Wenn Harrassowsky, Verlaßabh. S. 68. 69 die Behauptung Unger's „als ungenau im Ausdruck und zum Theil auch als unrichtig dem Sinne nach sammt allen gezogenen Folgerungen ablehnen zu müssen" erklärt, so hatte er den Beweis hiefür anzutreten. Einen solchen finden wir nicht in allgemeinen Bemerkungen, wie etwa der folgenden (S. 70): „Welche Interessen (durch Sicherstellung) von amtswegen wahrzunehmen sind, ist als eine Frage, welche das Verfahren nicht berührt, abzutrennen (?); wenn es sich aber blos um die Form des Schutzes handelt, so scheint die Vorenthaltung der Disposition über die Substanz das wirksamste und schonendste Mittel der Sicherung zu gewähren." — Das eben ist des Pudels Kern, daß durch das scheinbar blos formale Institut der Verlaßabhandlung auch das materielle Recht so wesentlich beeinflußt wird! Ein „Absondern" ist daher hier nach der Lage der Gesetzgebung unzulässig. H.'s Vorgehen ist ein Umgehen, aber keine Lösung der Frage. Betreffend die weitere eben angeführte Behauptung H.'s, ist wohl kaum zu zweifeln, daß die Vorenthaltung der Disposition über das Erbgut das wirksamste Sicherstellungsmittel zum Schutze der Erbschaftsgläubiger sein dürfte. Wie so es aber H. das „schonendste" nennen kann, begreifen wir nicht. Die Darstellung des Textes dürfte ergeben, daß dies wahrhaft primitive, ja drakonische Mittel weder nothwendig, noch zweckmäßig ist.

Begehren der Betheiligten (vgl. §§. 688. 811. 812. 818. 819. b. G. B.); nur in gewissen, allerdings ziemlich zahlreichen Fällen bringt ihn das Erbschaftsgericht von Amtswegen zur Geltung (§§. 73. 138. 139. 156. 159. 160. 162. 163. 174. Abs. 3. Pat. v. 1854). Wie falsch das oben erwähnte Princip vom juristischen Standpunkte, wie verwerflich dessen Durchführung wegen der darin liegenden ganz ungerechtfertigten Bevormundung der Parteien und der Verzögerung der Erbverhandlung in praktischer Beziehung sei, hat mit überzeugender Gründlichkeit und schneidender Schärfe Unger, Verlaßabh. S. 135—168, dazu System VI. §. 39 nachgewiesen*). Wenn Helm, a. a. O. S. 236—238 diesen Vorwurf für „unbegründet" ja „für Alle höchst überraschend erklärt, welche den klar ausgesprochenen gesetzlichen Grundsatz kennen, daß das Gericht für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger ... und Legatare nicht weiter zu sorgen habe, als sie selbst verlangen (§. 811 b. G. B.)", so kann diese Behauptung nur aus dem Mangel einer vollständigen Uebersicht der gesetzlichen Detailbestimmungen oder aus dem Streben erklärt werden, das bestehende Gesetz um jeden Preis gegen Angriffe in Schutz zu nehmen. Oder ist es etwa eine „consequente Durchführung jenes Grundsatzes", wenn über das Separationsansuchen der Erbschaftsgläubiger (im weiteren Sinne) die Ausfolgung des Nachlasses an den Erben so lange nicht erfolgen darf, so lange dieselben nicht vollständig befriedigt sind (§. 812)**); wenn bei Substitutionen von Amtswegen ein Inventar aufgenommen (§. 92 Pat. v. 1854), von Amtswegen der Substitutionsfall in die Einantwortungsurkunde eingeschaltet werden muß (§. 174 Ges. v. 1854);

---

*) Dem römischen Rechte und den neueren Codificationen — die österreichische ausgenommen — ist jenes Princip unbekannt. Es beruht auf der schiefen Auffassung des Satzes: hereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno. „Während dem Erben in der That der ganze Nachlaß gebührt, wovon er aber nur den nach Abzug der Schulden sich ergebenden Ueberschuß behalten kann, soll ihm nach jener verkehrten, noch im heutigen Rechte fortwirkenden und in unserer Literatur allgemein herrschenden Auffassung von vornherein nur der reine Nachlaß gebühren, so daß er nur den positiven Ueberschuß erhalten soll." (Unger a. a. O. S. 151 flg. 156 flg. VI. §. 40 Note 18.)

**) Es ist wohl zu bemerken, daß die Sicherstellung oder Befriedigung der Erbschaftsgläubiger ebenso rasch und sicher nach, als vor der Einantwortung erfolgen könnte. Vgl. Unger, Verlaßabh. S. 150 flg.

wenn von Amtswegen der unbedeutende und nach Vermuthen nur zur Berichtigung der dringendsten Verlassenschaftsschulden reichende Nachlaß den Gläubigern an Zahlungsstatt eingeantwortet wird (§. 73 ebend.); wenn von Amtswegen bei Todesfällen von Ausländern Legatare und Gläubiger durch Edict vorgeladen werden, und die Ausfolgung des Nachlasses derselben so lange hintanzuhalten ist, bis die österr. Gläubiger, welche ihre Forderung auch nur angemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt sind (§. 138. 139 ebend.); wenn vor ausgewiesener Bezahlung oder Sicherstellung der zu frommen und gemeinnützigen Zwecken bestimmten Legate, ja selbst vor dem gerichtlichen Erlag oder der Sicherstellung von Legaten, welche Pflegebefohlenen oder einer „noch ungewissen Person" zugedacht sind, der Nachlaß dem Erben nicht eingeantwortet werden darf (§§. 159. 160 ebend.); wenn bei entstehenden Zweifeln über die Verkürzung eines pflichttheilsberechtigten Pflegebefohlenen von Amtswegen auf die gerichtliche Pflichttheilsnachweisung zu dringen (§. 162), wenn im Falle des §. 692 b. G. B. von Amtswegen die Vorlegung einer Berechnung des verhältnißmäßigen Abzuges an jedem Legate zu verlangen ist (§. 163 ebend.), wenn Verlassenschaften von Personen, welche mit dem Staatsschatz in Verrechnung stehen, ohne Zustimmung der Behörde, welche es betrifft, nicht eingeantwortet werden dürfen*) (§. 156)?? — Und für solche juristisch verkehrte und unberufene Bevormundung eigenberechtigter oder durch Vormünder, Curatoren oder Behörden unter eigener Haftung vertretener Personen soll man „der Gesetzgebung nur Dank wissen"? — Glücklicher Weise scheint die gegenwärtige Legislation von einer gesünderen und von althergebrachter bureaukratischer Interventionssucht freieren Auffassung auszugehen und in der That in allen jenen gerichtlichen Interventionen eine „unnütze und inconsequente Bevormundung" zu erblicken. Denn der §. 3 des

*) Dieses für die Erben höchst drückende und die Gerichte mit zeitraubenden Arbeiten Jahre lang beschwerende Verbot ist ganz ungegründet. Denn die Fortdauer der Haftung der Caution würde selbstverständlich durch die Einantwortung nicht berührt werden. Warum aber der Staat nach dem Tode seiner Beamten mehr Rechte auf deren Vermögen haben soll, als er vordem hatte, ist durchaus nicht einzusehen. Wer die endlosen Verschleppungen der Verlassenschaften der Rechnungsbeamten aus der Praxis kennt, wird die Aufhebung des bezogenen Verbotes gewiß mit Freuden begrüßen. — Das Detail s. bei Füger, Erbr. III. §§. 186 flg.

Entw. bestimmt ausdrücklich: „Das Gericht hat nicht von Amtswegen dafür Sorge zu tragen, daß der Erbe die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfülle". Der Entwurf hat auch (vom §. 92 cit. abgesehen) keine einzige der oben angeführten Bestimmungen des Pat. v. 9. Aug. 1854 aufgenommen!

Wenn wir nun auch den im §. 3 des Entwurfes ausgesprochenen Grundsatz vollkommen billigen, so wünschen wir doch im Einzelnen einige Ergänzungsbestimmungen, welche — ohne jenem Principe nahe zu treten — den thunlichsten Schutz der Betheiligten bezwecken.

Zunächst befürworten wir eine Modification des §. 2 des Entw. in dem Sinne, daß das Gericht selbst die Legatare beziehungsweise ihre Vertreter von dem Anfalle der Vermächtnisse zu verständigen habe, wie dies schon im §. 28 des Pat. v. 28. Juni 1850 facultativ angeordnet war, und wie dies auch trotz der theilweisen Beseitigung dieser Vorschrift durch die §§. 83 und 161 des Pat. v. 9. August 1854 observanzmäßig von den meisten Gerichten aus guten Gründen noch immer beobachtet wird. Die Bemühung des Gerichtes hiebei ist kaum der Rede werth und die Benachrichtigung erfolgt in dieser Weise rascher und sicherer als bei der blos privaten Verständigung durch den Erben, der unter Umständen ein Interesse daran hat, damit zu zögern*).

Sodann wünschen wir eine Ergänzung des materiellen Rechtes zu Gunsten der Legatare in dem Sinne, daß denselben in allen Fällen ein Recht auf gesetzmäßige Sicherstellung (§§. 1373. 1374) eingeräumt werde**). Denn wird bei der Reform des Tabularwesens,

---

*) Vgl. auch Unger, Verlaßabh. S. 136.

**) Während das b. G. B. (§. 688) den Legataren ein Sicherstellungsrecht nur soweit zugesteht, als dieses überhaupt jedem Gläubiger zukommt, gibt ihnen der §. 161 des Ges. v. 1854 wenigstens in den praktisch wichtigsten Fällen (Nichtfälligkeit oder Bedingtheit des Legats) einen gesetzlichen Anspruch auf Sicherstellung. — Das gesetzliche Pfandrecht, welches das röm. Recht (c.1 u. 2 C. Comm. de leg. 6. 43, dazu Sintenis I. §. 72. Arndts, Pand. §. 559, Puchta, §. 201 Abs. 5) den Legataren an den Erbgütern des Onerirten gewährt, würde freilich ebenso dem Publicitätsprincip des Instituts der öffentlichen Bücher, als überhaupt der für die Sicherheit des Verkehrs unerläßlichen Notorietät des Pfandrechtes an Mobilien widersprechen. — Auch das preuß. Recht (§§. 289—291 I. 12) gibt dem Legatar für den Vermächtnißanspruch, bez. dessen Werth ein Sicherstellungsrecht auf den Nachlaß, kraft dessen derselbe insbesondere auf die

wie vorauszusehen ist, (vgl. den §. 35 des österr. Regier.-Entw. der Grundbuchsordnung v. 1863) — der Grundsatz festgehalten, daß eine Vormerkung zur Erwerbung des Pfandrechtes oder doch mindestens die Rechtfertigung der Pränotation nur dann Statt hat, wenn dem Gläubiger für die Forderung auch ein sog. Titel zum Pfandrechte (§. 449 b. G. B.) zukommt, so erscheint der Legatar in Bezug auf die Möglichkeit einer Sicherstellung unpassender Weise ganz auf die Gnade des Erben angewiesen. *) Ein solches gesetzliches Sicherstellungsrecht für die Legatsansprüche, resp. deren Werth, wenn dieser zu leisten ist, erscheint nach österr. Rechte um so nothwendiger, als der Vermächtnißnehmer das Eigenthum der legirten Sache nicht wie nach römischem Rechte (c. 1. C. 6. 43.) und den neueren Codificationen (preuß. L. R. §. 288 I. 12., franz. R. Art. 1014, und sächs. Rechte §. 2451) von Rechtswegen erwirbt**).

Nachlaßimmobilien eine Hypothek erwerben kann. Vgl. Bornemann VI. S. 125 flg., Temme II. §. 331, Koch P. R. II. §. 884. 5). Es versteht sich, daß das Pfandrecht der Legatare die Erbschaftsgläubiger, welche jenen Ersteren unbedingt vorgehen, in keiner Weise beeinträchtigen kann. Einer bücherlichen Anmerkung dieses gesetzlichen Vorbehaltes bedarf es nicht; der Cessionar des Legatars kennt den Titel der Forderung und kann sich daher nicht auf das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher berufen. — Nach franz. Rechte (Art. 1017) haften die Onerirten hypothekarisch (hypothécairement) für das ganze Vermächtniß bis zum Betrage des Werthes der Immobilien, in deren Besitz sie sich befinden. Vgl. Marcardé I. S. 373. — Dem sächs. b. G. B. ist ein gesetzliches Sicherstellungsrecht des Legatars unbekannt.

*) Vgl. auch Unger, Erbr. §. 65 Note 4 und 5, der mit Recht bemerkt, daß diese Lücke des österr. Rechtes nur bei dem maßlosen Umfang, in welchem die Praxis die Pränotation von Forderungen zuläßt, weniger empfindlich ist. Merkwürdiger Weise vermochte weder der bestimmte Wortlaut des §. 449 b. G. B., noch der Widerspruch der herrschenden Meinung mit den §§. 458. 1245 b. G. B. §. 161 des Pat. v. 1854, dem Hofd. vom 13. Juni 1828 Z. 2346 u. a. die Praxis auf den richtigen Weg zu bringen, obgleich sich selbst zahlreiche Praktiker der richtigen Ansicht nie verschlossen. Vgl. hierüber die interessanten Erklärungen in der Sitzung des niederösterreichischen Landtages über den Regierungsentwurf der Grundbuchsordnung. (Bericht über die 38. Sitzung 1863 S. 973 flg.)

**) Dem österr. R. folgt das Zürcher G. B. 2088 und der hessische Entw. a 297. Dem unmittelbaren Eigenthumsübergang an Immobilien im Wege des Vermächtnisses steht das System der öffentlichen Bücher so wenig entgegen, als jenem im Wege der Universalsuccession. In beiden Fällen läßt sich die Anerkennung eines Naturaleigenthums an den ererbten (legirten) Gütern

Endlich erachten wir auch eine Vorsorge im Interesse der fideicommissarischen Nacherben (Nachlegatare) für angezeigt *). Zunächst möge nämlich das Gericht auch die Nacherben auffordern, sich über die eventuelle Annahme der Erbschaft (des Legates) mit oder ohne Vorbehalt binnen einer angemessenen Frist zu erklären. Wird die Annahmeerklärung rechtzeitig abgegeben, und erhebt der hiervon zu verständigende Vorerbe binnen vierzehn Tagen keinen Widerspruch, so möge über Ansuchen des Nacherben in die Beurkundung des Erbrechtes des Vorerben der Restitutionsfall und die Person des Substituten mit aufgenommen werden. Die Zulässigkeit der Ausfertigung einer gleichlautenden Urkunde an den Letzteren verstände sich nach §. 10 des Entwurfs von selbst. Erfolgte der Widerspruch innerhalb jener Frist, so wäre nach Analogie des §. 40 des Entwurfes vorzugehen, daher dem Vorerben nach fruchtlosem Ablauf der dem Nacherben zu setzenden Klagefrist die Beurkundung des unbeschränkten

---

durchaus nicht abweisen. Mit dem sog. Titel zum Eigenthum ist hier nicht aufzukommen. Dies übersieht Bluntschli (Dahn), P. R. §. 242. Die Neuerung des bürg. G. B. ist in der That „von problematischem Werth, da der Legatar nicht hinlänglich geschützt ist, wenn der Erbe die Sache mittlerweile veräußert." (Unger VI. §. 64, Note 1.) Vgl. über diesen Punkt noch besonders Gruchot I. S. 555—562.

*) Die Sicherstellung der Nacherben, von welcher der §. 15 des Entw. spricht, ist, wie sich später zeigen wird, eine ganz unnatürliche. — Ueber die cautio legat. servand. causa, insbesondere über die bei Fideicommissen erwähnte in rem missio vgl. einerseits Arndts §. 559, Rechtsl. VI. S. 307 flg., Vangerow, §. 532. anderseits Sintenis II. §. 211 Note 12. — Nach preuß. Recht kann der Substitut Caution nur in derselben Weise fordern, wie der Eigenthümer vom Nutznießer (§. 472 II. 12.), d. i. nur bei wahrscheinlicher Gefahr eines Mißbrauches oder einer Vernachlässigung. (Vgl. §§. 11—21, 111—123 I. 21.) — Soweit nach franz. Rechte fideicommissarische Substitutionen ausnahmsweise Geltung haben (Art. 1048 flg., Ges. v. 17. Mai 1826) hat der Fideicommißvormund für die Erhaltung des Fideicommißvermögens durch Inventarisirung, Sicherstellung der Capitalien und Transcription der Liegenschaften zu sorgen. Vgl. Art. 1048—1074, dazu Zachariä (Anschütz) IV. §§. 694—698. — Nach sächs. Recht (§. 2515, dazu §. 617 flg.) kann der Substitut vom Fiduciar jederzeit Sicherheit verlangen, es sei denn, daß diese letztwillig erlassen wäre. Vgl. Siebenhaar III. S. 376. — Die Vorschrift des österr. b. G. B. (§§. 520. 613), der zufolge der Substitut nur bei sich äußernden Gefahr Sicherheit verlangen konnte, ist durch den §. 158 Ges. v. 1854 dahin geändert worden, daß ihm das Recht auf pupillarmäßige Caution unbedingt eingeräumt wurde. Vgl. Unger VI. §. 48. N. 8.

Erbrechtes auszufolgen. — Endlich wäre den Nacherben und den ihnen nach §§. 707—709 a. b. G. B. und Hofd. v. 29. Mai 1845 Z. 888 J. G. S. gleichgehaltenen Anwärtern in dem Falle als der Nachlaß in Mobilien besteht, ein gesetzliches Sicherstellungsrecht gleich wie den Legataren zu ertheilen *).

Eine Bestimmung dieses Inhaltes würde, wie überhaupt die rechtzeitige gerichtliche Intervention bei Erbfällen gar manchem Rechtsstreite vorbeugen und den Nacherben gegen die Nachtheile schützen die aus der einfachen Beurkundung des Erbrechts des Vorerben namentlich in Ansehung der Immobilien für ihn entstehen können **). Dagegen hätte in diesem Falle, wie früher gezeigt, die Errichtung eines Inventars von Amtswegen (§. 9 des Entw.) zu entfallen.

---

§. 9.

Das beneficium separationis.

Wir übergehen nun auf das Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger im weiteren Sinne, welches obgleich dem

---

*) Gewiß verdienen die Substituten soviel Rücksicht als die Legatare. Die bezügliche Bestimmung des §. 158 des Gesetzes v. 1854 füllt in der That eine Lücke des b. G. B. aus. Man denke nur an die Einsetzung unter einer aufschiebenden negativen Bedingung (§. 708 G. B.) und an die Cautio Muciana des röm. R. (Vgl. Arndts §. 558, Puchta §. 475 und Unger Syst. I., § 82, Note 45 u. 74). Jene Fälle sind passend der fideicommissarischen Substitution gleichgehalten. Dagegen ist das Erforderniß der pupillarmäßigen Sicherstellung im §. 158 cit. ein entschiedener Mißgriff. Vgl. auch Unger System VI. §. 48, Note 8.

**) Es ist nämlich sehr fraglich, ob das Erbschaftsgericht im Sinne des Entwurfs in die Beurkundung des Erbrechtes des Vorerben die Beschränkung durch den Restitutionsfall aufnehmen darf, wie dies der §. 174 des Pat. v. 1854 dem Richter von Amtswegen zur Pflicht macht. Ist die Beschränkung in der Beurkundung enthalten, so versteht sich die Eintragung des beschränkten Eigenthums des Vorerben resp. der Anmerkung der Beschränkung in den öffentlichen Büchern von selbst. Vgl. auch §. 2514 des sächs. b. G. B., welcher verordnet, daß die Beschränkung des Eigenthums durch die Anwartschaft im Grundbuche einzutragen sei. Vgl. §. 114 der sächs. prov. G. O.

römischen Rechte nachgebildet, doch in Folge der anomalen Bedeutung, die das bisherige Recht der Verlaßabhandlung und Einantwortung gegeben, in Oesterreich eine eigenthümliche Gestaltung erhalten hat.

Nach römischem Recht können bekanntlich die Gläubiger des Erblassers und die Legatare, um die nachtheilige Concurrenz anderer Gläubiger des Erben hintanzuhalten, die rechtliche Trennung des ererbten Vermögens von dem übrigen Vermögen des Erben, dessen Vereinigung mit dem Erbschaftsantritte des Letzteren erfolgte, durch fünf Jahre von diesem Zeitpunkte an gerechnet begehren, wodurch sie das Recht erlangen, vor anderen Gläubigern des Erben aus dem Erbschaftsvermögen — aber auch nur aus diesem befriedigt zu werden*). Hätte die sog. Einantwortung des Nachlasses nach österr. Recht stets nur die Bedeutung gehabt, die allein ihr vernünftiger Weise zukommen soll, und die ihr in der That auch der Entwurf (§. 10) zuweist: nämlich die Bedeutung der gerichtlichen Anerkennung der schon mit der Erbsantretung erfolgten Vereinigung der Vermögenskreise des Erblassers und des Erben, — niemals wäre es zu jenem unklaren und widerspruchsvollen Doppelsystem gekommen, welches einerseits den unwiderruflichen Eintritt des Erben in die Vermögenssphäre des Erblassers schon mit der Annahme der Erbschaft anerkennt (vgl. §. 547 b. G. B.), anderseits aber in naiver Ignorirung jenes Grundsatzes die Rechtswirkungen des Erbschaftserwerbes erst mit der Einantwortung des Nachlasses, also: mit der Zustellung der amtlichen Anerkennung der Erbenqualität eintreten läßt**). (Vgl. §§. 550. 807. 810. 812. 822. a. b. G. B. §§. 35. 43. 46. 145. Pat. v. 1854.) Dies Janusgesicht der österr. Legislation über den Erbschaftserwerb erklärt einigermaßen die Unklarheit und Begriffsverwirrung, welche die österr. Literatur (mit alleiniger Ausnahme der Unger'schen Schriften) in allen Punkten aufweist, welche mit der Frage über den Erbschaftserwerb zusammenhängen. Es liegt nun aber auf der Hand, daß die oben angeführten zwei Standpunkte, welche die österr. Erbrechtsgesetzgebung festzuhalten versucht, einander

---

*) Vgl. Tit. Dig. de separat. 42. 6, dazu Arndts, Pand. §. 524, Sintenis III. §. 186, Brinz, P. §. 157, Puchta, Pand. §. 509, Unger, Verlaßabh. S. 150 flg.

**) Vgl. Unger, Verlaßabh. S. 156 flg. Erbr. §. 40.

diametral entgegenstehen. Entweder erwirbt der Erbe die Erbschaft schon mit der Annahme (§. 547 G. B.) oder er erwirbt sie erst mit der Einantwortung (§. 819 G. B.). Im ersteren Falle hört die juristische Persönlichkeit der Erbschaft (hereditas jacens) auf mit dem Antritte, in letzterem Falle mit der Einantwortung der Erbschaft. Jeder bewußte oder unbewußte Versuch, die beiden Gesichtspunkte zu versöhnen, sie neben einander zur Geltung zu bringen, muß an dem Widerspruche der Consequenzen scheitern*). Fragen wir nun, welcher der beiden Grundsätze beherrscht in der That die österr. Erbrechtsgesetzgebung, so dürfte es kaum schwer sein zu beweisen, daß der letztgenannte Gesichtspunkt der maßgebende ist. Namentlich wurde durch das Pat. vom 9. August 1854 der allein richtige Standpunkt des §. 547 G. B. in den Hintergrund geschoben. Betrachten wir die Sache näher:

Vor der Einantwortung wird der erbserklärte Erbe, selbst wenn er sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen hat, nicht als Eigenthümer sondern nur als „Verwahrer“, als „Verwalter“ des Nachlasses angesehen. (§. 810 G. B. 43. 46. 145 Pat. v. 1854)**). Vor der Einantwortung kann nicht der erbserklärte Erbe, selbst wenn er die Erbschaft unbedingt angetreten hätte, sondern nur die Verlassenschaft aus erbschaftlichen Forderungen klagen, aus erbschaftlichen Verbindlichkeiten geklagt werden. Der Erbe ist nur ihr Vertreter (§§. 550. 807. 811 813. G. B. §. 145 Ges. v. 1854)***). Ja es ist ihm sogar

---

*) Auch in Unger's Darstellung VI. §. 40, so scharfsinnig und in voller Uebersicht der wahren Lage der Dinge sie die beiden Gesichtspunkte parallel zu entwickeln versucht, kommt die Unvereinbarlichkeit derselben unwiderstehlich zum Durchbruch. Man vgl. §. 40 Note 18 und 20.

**) Mißbräuchlich wird im b. G. B. und im Pat. v. 1854 das Wort „rechtlicher Besitz“ zur Bezeichnung des Rechtes des Erben an dem ihm eingeantworteten Nachlasse angewendet. Vgl. §. 797 G. B. u. §. 145 Pat. v. 1854, wo sogar „vom rechtlichen Besitz von .... Capitalien und — anderen (?) beweglichen Sachen“ gesprochen wird. Weder der Ausdruck „rechtlich“ noch der Ausdruck „Besitz“ hat hier technische Bedeutung und fast wird man an das Wort des großen Dichters erinnert: Wo die Gedanken fehlen, da stellt zur rechten Zeit ein Wort sich ein!

***) Vgl. auch Nippel, Comm. IV. S. 54. V. S. 242, Unger, Verlaßabh. S. 152, Syst. VI. §. 40 Note 17 „Die Erbschaftsgläubiger haben die Erbschaft, (noch) nicht den Erben zu ihrem Schuldner.“ Ganz vereinzelnt blieb die Ansicht Fischer's, Hdb. der dilator. Einwend., welcher S. 156 flg. behauptet, daß die

gestattet, zur Verwaltung und Vertretung des Nachlasses die gerichtliche Bestellung eines (anderen) Curators zu verlangen (§. 690 G. B.). Erbschaftsklagen gehören vor der Einantwortung vor das Erbschaftsgericht und nicht vor die Personalinstanz des Erben (§. 37 Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852). Mit anderen Worten: Bis zur Einantwortung wird die Erbschaft als selbstständiges unpersönliches Vermögen, — als juristische Person gedacht, deren regelmäßiger Vertreter der erbserklärte Erbe*), deren ausnahmsweise Vertreter der vom Gerichte ernannte Nachlaßcurator ist. — Erst mit der Einantwortung wird der Erbe Herr des Erbschaftsvermögens, erst mit dieser hört die selbstständige vermögensrechtliche Existenz der Erbschaft auf**). Die Bestimmung des §. 547 a. b. G. B, welcher diese Rechtswirkung schon mit der Erbserklärung des Erben eintreten läßt, erscheint lediglich als theoretisches Princip, dem

---

Miterben nach §. 550 b. G. B. für die Erbschaftsschulden vor der Einantwortung persönlich und solidarisch haften, daher „es der Wahl des Gläubigers anheimgestellt sei, ob er alle erklärten Erben oder nur Einige oder Einen belangen wolle.“ Dasselbe Princip gelte umgekehrt von Nachlaßactiven. — Daß der §. 550 G. B. nicht diesen Sinn habe könne, wird ziemlich allgemein anerkannt; desto auffälliger ist es, daß selbst Commentatoren, wie Winiwarter III. S. 41 und Stubenrauch I. S. 743 naiver Weise von einer activen und passiven Correalität der Miterben im Sinne der §§. 891 flg. b. G. B. reden, ohne nur entfernt den Widerspruch dieser Auffassung mit der auch von ihnen getheilten geläufigen Auslegung der §§. 550 u. 821 G. B. zu merken.

*) Ueber die juristische Persönlichkeit der Erbschaft vgl. Unger's vorzügliche Darstellung, Erbr. §. 7. — Meine Auffassung über diese Frage habe ich in dem Aufsatze: „Das Zweckvermögen ꝛc.“ in Siebenhaar's Archiv für deutsches Handels- und Wechselrecht XV. S. 1. flg. ausführlich ausgesprochen. Näher einzugehen, ist hier nicht der Ort.

**) Aus dem Gesagten ergibt sich die wesentliche Differenz zwischen der Auffassung Unger's und der hier verflochtenen Ansicht. Vgl. Note * S. 92. Jene erstere theilte ich noch in meinem: Besitz nach österr. Rechte, §. 15. Anm. 4. — Es ist daher nicht richtig, wenn Harrassowsky a. O. S. 67 behauptet, der Hauptzweck der Einantwortung bestehe darin, daß sie dem Erben zur Legitimation diene. Die Einantwortungsurkunde erfüllt allerdings auch diesen formellen Zweck; allein der Schwerpunkt der Einantwortung, die mit der Zustellung der Urkunde erfolgt, liegt wie gezeigt, auf dem Gebiete des materiellen Rechtes. Diese allerdings anomale Bedeutung der Einantwortung ist im Entwurfe mit Recht fallen gelassen worden. Die Einantwortungsurkunde ist hier in der That nur eine „Legitimation“ des Erben.

hinterher durch das Gesetz selbst alle praktische Geltung benommen wurde *). Hier ragt noch ein Rest römischrechtlicher Anschauung aus einem Institute hervor, das unter der Hand der Compilatoren vielleicht unbewußt mit einem Ruck — der Verlegung des Schwerpunktes in die Einantwortung — zum schärfsten Gegensatze des römischrechtlichen Grundgedankens über den Erbschaftserwerb zugespitzt wurde.

Aus der eben geschilderten Auffassung der rechtlichen Bedeutung der Einantwortung ergeben sich von selbst die Bestimmungen des Gesetzbuches über das Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger im weiteren Sinne (§. 812), sowie das Recht der Gläubiger des Erben auf das dem Letzteren angefallene Erbgut im Stadium der Verlaßabhandlung. Vor der Einantwortung können die Erbschaftsgläubiger unter Ausschluß der Gläubiger des Erben das Erbschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung verwenden, der Erbe mag die Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt angetreten haben. Ist doch dieses Vermögen bis zu jenem Zeitpunkte noch ein selbstständiges, unpersönliches! Jede Sicherstellung, welche die Erbschaftsgläubiger bis dahin auf das Erbgut erwirken, hat das unbedingte Vorrecht vor den nur mit Vorbehalt zu bewilligenden Sicherstellungen der Gläubiger des Erben. (§. 812. 822) **). Die Erbschaftsgläubiger haben aber überdies das Recht die Einantwortung hinauszuschieben, und hiermit die selbstständige Fortdauer des unpersönlichen Erbschaftsvermögens (hereditas jacens) bis zu ihrer vollen Befriedigung zu bewirken (§. 812). Das sogen. römischrechtliche beneficium separationis hat sohin im österr. Rechte seine Natur wesentlich geändert. Durch die Geltendmachung desselben wird nach röm. Recht die durch den Erbschaftsantritt erfolgte Vereinigung der Vermögenskreise des Erblassers und des Erben wieder aufgehoben, nach österr. Recht dagegen die erst mit der Einantwortung erfolgende Verschmelzung der beiden Kreise verschoben ***).

---

*) Vgl. hierüber die Ausführungen Unger's, Verlaßabh. S. 150 flg.

**) §. 822: „Eine solche Sicherstellung kann jedoch nicht anders als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilt werden, daß sie den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen (sc. der Miterben, Erbsprätendenten, Erbschaftsgläubiger, Legatare, Notherben) unnachtheilig und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sein solle."

***) Dies hat zuerst Unger a. O. hervorgehoben. Gegen die bei unseren Commentatoren mit unterlaufende Auffassung der separatio bonorum als blos

Eine nachherige Trennung ist nicht mehr zulässig (§. 812). So ist denn im vollen Sinne des Wortes wahr, was Unger Verlaßabh. S. 135 und 155 und Erbr. S. 161 behauptet, und Helm und Harrassowsky a. a. O. S. 236 vergeblich läugnen: daß auch nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung nur der reine Nachlaß dem Erben eingeantwortet werden soll, — nur hat die Vorsorge hierfür nunmehr das Gericht regelmäßig nicht mehr von Amtswegen, sondern nur über Ansuchen der Betheiligten zu treffen. Das Nachlaßvermögen bleibt den Erbschaftsgläubigern bis zur Einantwortung rechtlich verfangen.

Die Frage, ob sich diese Gestaltung des beneficium separationis, welcher (vom §. 547 G. B. abgesehen) eine gewisse Consequenz nicht abzusprechen ist, rechtfertigen lasse, ist gewiß zu verneinen! Theoretisch beruht sie auf der unjuristischen Auffassung, welche beim Erbschaftserwerb den Schwerpunkt unnatürlicher Weise in die amtliche Anerkennung und Beurkundung des Erbrechts statt in den Antritt der Erbschaft verlegt. Praktisch ist dieselbe darum verfehlt, weil sie einerseits den Zeitpunkt des Erwerbs der Erbschaft ohne allen Grund ganz in die Willkür scrupulöser oder chicanöser Erbschaftsgläubiger,

---

factischer Trennung der beiden Vermögensmassen, vgl. Unger, Verlaßabh. S. 154. Die unklare und verkehrte Darstellung der Absonderung hier als rechtlicher und dort wieder als factischer Separation zeigt sich auch noch in der zweiten Auflage des Stubenrauch'schen Commentars I. S. 1072. 1073 Abs. 1. 2. 4. 11. Dabei wird in kaum begreiflicher Ignorirung der Ausführungen Unger's a. a. O. in altgewohnter Weise als selbstverständlich hingestellt, daß „vor Allem die Erbschaftsgläubiger ein Recht haben, aus dem Nachlasse befriedigt zu werden, da die Verbindlichkeiten des Erblassers auch nach seinem Tode auf seinem Vermögen haften (§. 547 G. B.)," — als ob die Vermögensabsonderung nicht auch im römischen Recht gegolten hätte, welches doch die separatio bonorum nicht anders als das beneficium inventarii — als ein blos aus Billigkeitsrücksichten gegebenes beneficium contra rationem juris behandelt. Eben so unrichtig ist die trotz Unger's Ausführung (Verlaßabh. S. 157 Note 10, Erbr. §. 41 Note 3) wiederholt reproducirte Behauptung Stubenrauch's I. S. 1073. 2: daß die Erbschaftsgläubiger das benef. separ. von selbst haben, wenn der Erbe mit Vorbehalt antritt. Vgl. gegen diesen alten Irrthum Mühlenbruch Pand. 41. B. S 378 flg., Sintenis §. 186. Note 4., Arndts §. 524 Note 1. Brinz Pand. §. 157, Holzschuher II. S. 819 Nr. 5. Bei solcher Ignorirung rechtswissenschaftlicher Vorarbeiten muß wohl die literarische Thätigkeit auf dem Gebiete des österr. Rechts als wahre Sisyphusarbeit erscheinen.

Legatare oder Notherben stellt, und anderseits die Geltendmachung dieses wichtigen Rechtsmittels vom Zufall, nämlich von der bald kürzeren bald längeren Dauer der Verlaßabhandlung und der rechtzeitig erlangten Wissenschaft der Erbschaftsgläubiger von dem Tode des Erblassers abhängig macht*). Der zur Motivirung des Separationsrechtes von den römischen Juristen angeführte Grund, daß die nicht separirenden Erbschaftsgläubiger haeredem quodammodo secuti sunt (elegerunt), nec possunt jam se ab eo separare (L. 1. §. 10. 11. h. t.), — ein Grund, der schon nach röm. Recht trotz der langen (fünfjährigen) Separationsfrist nicht immer zutreffen dürfte, — wird sohin nach österr. Recht völlig illusorisch!

Von dem Entwurfe, der verständiger Weise in der Einantwortung der Erbschaft nur die amtliche Beurkundung des Erbrechtes erblickt, hätten wir nun die einfache Rückkehr zu der römischrechtlichen separatio bonorum mit einigen unseren Verhältnissen entsprechenden Modificationen erwartet. Statt dessen begegnen wir im Entwurfe einem zwar nicht neuen, jedenfalls aber eigenthümlichen legislatorischen Versuche, die Erbschaftsgläubiger vor der Concurrenz der Gläubiger des Erben zu schützen **). Nach §. 15 des Entw. kann nämlich „jeder

*) Auf die große Rolle, die hier der Zufall spielen kann, hat ganz richtig Unger, Verlaßabh. S. 155. 156 hingewiesen. Man denke, daß das Gericht dem Erben den Nachlaß binnen drei, vier Wochen nach dem Tode des Erblassers einantwortet, was bei einfachen Verlassenschaften (Universalerbschaft u. a.) sehr leicht eintreten kann. Ist die Bewilligung eines solchen Zeitraums nicht eine wahre Ironie auf die Sicherheit der Erbschaftsgläubiger, zumal der vom Sterbeorte oder vom Sitze des Erbschaftsgerichtes entfernteren? Nur der althergebrachte, schleppende Gang der einfachsten Verlaßabhandlung und die eben so regelmäßige Unfähigkeit des Erben, die Uebertragungsgebühr sofort zu berichtigen, läßt die angedeutete Gefahr praktisch nicht fühlbar werden.

**) Der Entwurf scheint das in Böhmen seit der Gründung der Landtafel üblich gewesene Sicherstellungssystem zum Vorbilde genommen zu haben, welchem das gemeinrechtliche benef. separationis ganz unbekannt war. Vgl. die Pragmat. v. 26. Juni 1726 (Kropatschek, Samml. d. Verord. u. Ges. v. 1740—1780, I. S. 198 flg.), welche zur Beseitigung der Controversen über die Priorität der Creditoren des Erblassers und Erben wörtlich verordnet: „Und zwar wird, 1. da im Königreich Böhmen eine eigene Landtafel besteht, . . . und jeder Creditor sich die Sicherheit per intabulationem oder condictionem quocunque tempore selbst verschaffen kann, nicht gewilligt, daß in den gemeinen Rechten eingeführte benef. separ. in Böhmen einzuführen."

Gläubiger des Erblassers jeder Vermächtnißnehmer und Nacherbe, sowie jeder Pflichttheilsberechtigte, wenn zu besorgen ist, daß sein Anspruch nicht befriedigt werde, Sicherstellung (beim Erbschaftsgerichte?) verlangen. (Man vgl. §. 1373 G. B.) So lange die Güter und Rechte des Erblassers, welche den Gegenstand eines öffentlichen Buches bilden, nicht auf den Namen des Erblassers (soll wohl heißen: des Erben?) eingetragen sind, können jene Personen noch vor der Anbringung des Antrages auf Sicherstellung unmittelbar bei der Grundbuchsbehörde einschreiten, um ihren Anspruch in den öffentlichen Büchern zur Erwirkung der Rangordnung für die ihnen zu ertheilende Sicherstellung anmerken zu lassen. Die Anmerkung ist zu bewilligen, wenn das Eintreten des Erbfalles dargethan ist. Der Antrag auf Sicherstellung ist jedoch in diesem Falle binnen 14 Tagen, nach dem Tage der Verständigung über die bewilligte Anmerkung bei dem zuständigen Gerichte anzubringen. Die Erstreckung dieser Frist findet nach den Bestimmungen über die Erstreckung der Frist zur Rechtfertigung einer grundbücherlichen Vormerkung statt. Die Anmerkung ist über Ansuchen der Betheiligten zu löschen, wenn der Antrag auf Sicherstellung nicht rechtzeitig eingebracht oder wenn derselbe rechtskräftig abgewiesen wird, sowie wenn die Sicherstellung oder die Befriedigung des Anspruches erfolgt (§. 16). Nach Ablauf eines Jahres nach dem Erbfalle kann eine Sicherstellung und Anmerkung auf Grund der §§. 15 und 16 cit. nicht mehr verlangt werden (§. 17). Die Rechte, welche die Gläubiger eines Erben nach §. 25 des Ent-

---

Damit aber gleichwohl 2. Denen creditoribus legatariis . . . eines Erblassers prospicirt werde, so wurde daselbst weiter verordnet, daß diese vor den gleichfalls intabulirten Gläubigern des Erben den Vorzug genießen sollen, wenn sie ihre Ansprüche binnen 6 (resp. inter absentes 12) Monaten vom Tage der Erbserklärung landtäflich sichergestellt haben würden. Damit diese Sicherstellung nicht vereitelt werde, war dem Erben das Veräußerungsrecht des Erbguts binnen Jahresfrist benommen. Vgl. auch Hasner, Hdb. d. landtäfl. Verfahrens in Böhmen, S. 384—387. Unger Verlaßabh. S. 84, Note 9. — Dieses Verfahren ist jedoch offenbar kein genügender Ersatz des ben. separ. Denn nicht nur beschränkt es sich blos auf den Immobiliarnachlaß, sondern es setzt auch voraus, daß der Erbschaftsgläubiger eine schriftliche Bescheinigung seines Anspruches in Händen hat, auf Grund deren allein er ein Verbot erwirken kann. Vgl. Hofd. v. 15. März 1785. Ueber die sog. Kummer und Verbote, welche ehedem die Stelle der Pränotationen vertraten, vgl. Hasner a. O. S. 326 flg.

wurfs*) vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Eintreten des Erbfalles erwerben, haben jenen Ansprüchen gegenüber, welche gegen den Erben als solchen erhoben werden, so zu gelten, als wären sie erst nach Ablauf dieses Zeitraumes erworben worden" (§. 26).

Aus den angeführten Bestimmungen des Entwurfes geht hervor, daß das Rechtsmittel der separatio bonorum ganz fallen gelassen worden ist. Das dafür angenommene ziemlich dunkle und complicirte Sicherstellungssystem bietet u. E. einerseits den Erbschaftsgläubigern keinen genügenden Ersatz für das Absonderungsrecht, und macht anderseits eine ganz ungerechtfertigte Begünstigung des einen Erbschaftsgläubigers vor dem anderen vom bloßen Zufall abhängig. Sofern es sich endlich um die Sicherstellung von Nacherben handelt, erscheint dasselbe zum Theile geradezu sachwidrig. Betrachten wir die Sache näher:

Zunächst geht der Entwurf von der de lege lata zwar praktisch nicht anerkannten, übrigens de lege ferenda nur zu billigenden Anschauung aus, daß eine Vormerkung nur auf Grund einer Urkunde stattfinden kann, aus welcher der Rechtsgrund des Pfandrechtes ersichtlich ist**). Liegt eine solche Urkunde vor, so dürfte auch nach dem Entwurfe, der hierüber schweigt, der Eintrag derselben zur Erlangung des Pfandrechtes nicht ausgeschlossen sein, so lange die Erbgüter auf den Namen des Erblassers vorgeschrieben sind. — Erbschaftsgläubiger, welche solche Urkunden nicht in Händen haben (und dahin werden nach dem Entwurfe regelmäßig die Legatare und Nacherben gehören) können binnen Jahresfrist nach dem Todesfalle des Erblassers bei dem zuständigen Gerichte (Erbschaftsgerichte?) gegen den Erben oder den nach §. 14 zu bestellenden Erbschaftsvertreter***) den Erlaß eines Be-

---

*) Derselbe entspricht dem §. 822 a. b. G. B.

**) Vgl. §. 35 des Regierungs-Entwurfs einer Grundbuchs-Ordnung (1863); dazu §. 404 des sächs. bürgerl. G. B. Denn nach der herrschenden Ansicht der heutigen Praxis wäre das Sicherstellungsverfahren der §§. 15 u. 17 völlig überflüssig, da einerseits ohne Bescheinigung des Anspruches, beziehentlich ohne die gerichtliche Anerkennung desselben durch den Erben (Verlaßcurator) eine Sicherstellung auch nach dem Entwurfe wohl nicht bewilligt werden kann, anderseits Urkunden der eben gedachten Art schon an sich zur Pränotation für hinreichend erachtet werden.

***) Auch hier zeigt sich, wie wenig praktisch der Grundsatz des §. 1 Entw. ist, daß der Erbe die Erbschaft von Rechtswegen erwirbt, da bis zur Erbserklä-

fehls auf Sicherstellung (durch Pfand oder Bürgschaft §. 1373 G. B.) verlangen und auf Grund desselben nöthigenfalls im Executionswege ein Pfand auf die beweglichen und unbeweglichen Nachlaßgegenstände erwerben. — Das auf diese oder jene Art erwirkte Pfandrecht der Erbschaftsgläubiger auf das Erbgut hat jedoch vor den Rechten der Gläubiger des Erben nur dann den Vorzug, wenn die „Ansprüche" Jener längstens binnen drei Monaten nach dem Eintreten des Erbfalles „erhoben" wurden. (§. 26.) — Abgesehen davon, daß die Bestimmungen des Entwurfes ein in der Praxis nicht anerkanntes und hiermit so gut wie gar nicht bestehendes Pränotationssystem vor Augen haben, ist es nicht klar, ob die Sicherstellung nur in Ansehung des Erbgutes oder auch in Ansehung des übrigen Vermögens des Erben verlangt werden könne, — ein Zweifel, der nicht blos bezüglich des unbedingt erbserklärten Erben, sondern — mit Rücksicht auf den Grundsatz des §. 20 des Entwurfes (Haftung mit dem gesammten Vermögen nur nicht über den Werth des Nachlasses) — auch bezüglich des Vorbehaltserben entstehen muß. Es ist ferner nicht klar, in welcher Art die Erbschaftsgläubiger ihre Ansprüche zu bescheinigen haben, um eine Sicherstellung zu bewirken, ob insbesondere eine Vernehmung des Erben oder seines Vertreters erforderlich ist oder nicht*). Es ist ferner nicht zu ersehen, in welchem Stadium der Geltendmachung die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger sich befinden müssen, um innerhalb der dreimonatlichen Frist des §. 26 des Entw. — als „erhoben" — das Vorrecht vor den Pfandrechten der Gläubiger des Erben zu genießen**). Auch das ist nicht unbedenklich, daß die Anmerkung der Rangordnung des Anspruches nach §. 16 des Ent-

---

rung oder bis zu der nach §. 44 erfolgten gerichtlichen Anerkennung desselben zur Vertretung der Erbschaft ein „Vertreter des Erben" ernannt werden muß.

*) Ohne Bescheinigung und bei Abgang einer solchen ohne Vernehmung resp. Anerkennung des Erben oder des Verlaßcurators sollte eine Sicherstellung keinesfalls zulässig sein. — Worin jedoch alsdann der Vortheil des beantragten Sicherstellungssystems vor dem Institut des Absonderungsrechtes liegen soll, ist nicht abzusehen. Einfachheit und Kürze des Verfahrens gehören jedenfalls nicht zu den Eigenschaften der neuen Procedur, — und lediglich das Streben hiernach scheint die Neuerung veranlaßt zu haben.

**) Genügt die Ueberreichung des Anmerkungsgesuches oder des Sicherstellungsantrages oder muß das Pfandrecht auf das Erbgut schon innerhalb jener Frist erworben sein?

wurfes auf einfaches Ansuchen des Erbschaftsgläubigers — ohne jedweden Beleg bewilligt werden muß *). Endlich enthält der Entwurf auch nicht einmal eine Andeutung darüber, unter welchen Voraussetzungen sich der Erbschaftsgläubiger die erwirkte Sicherstellung zu conserviren vermag, ob dieselbe nicht insbesondere etwa einer Rechtfertigung durch Klage (auf Erfüllung der sichergestellten Verpflichtung) innerhalb einer bestimmten Frist bedürfe? (Die Fixirung einer solchen Rechtfertigungsfrist bei sonstigem Verlust der Sicherheit ist gewiß in Fällen der ohne Einvernehmung des Gegners bewilligten Sicherstellung eine unerläßliche Vorsichtsmaßregel, sofern nicht der Erbe der Chicane böswilliger oder mißtrauischer Gläubiger preisgegeben werden soll.) — Aber von all' diesen Bedenken abgesehen, geht das Sicherstellungssystem der §§. 15 und 16 des Entw. über die Ziele und Zwecke des Absonderungsrechtes weit hinaus. Es ist nicht oder doch nicht blos die Besorgniß vor der nachtheiligen Concurrenz der Gläubiger des Erben, um deren Willen der §. 15 des Entw. dem Erbschaftsgläubiger das Recht gibt, Sicherstellung zu fordern, sondern überhaupt die Sorge, daß sein Anspruch nicht befriedigt werde **). Hiernach genügt selbst die Besorgniß vor der Concurrenz anderer Erbschaftsgläubiger. Ist nun überhaupt kein vernünftiger Grund dafür vorhanden, den Gläubigern aus Anlaß des Todes ihres Schuldners ein Recht auf Sicherung einzuräumen, so ist es noch

---

*) Dies verstößt gegen einen Cardinalgrundsatz des Tabularverfahrens. Zwar wird auch bei der Anmerkung der Rangordnung für ein aufzunehmendes Darleihen die Vorlage einer Bescheinigung nicht gefordert; indeß ist wohl zu bemerken, daß das Anmerkungsgesuch in diesem Falle vom einverleibten Eigenthümer unterzeichnet, überdies die Unterschrift desselben legalisirt sein muß. Vgl. §§. 1, 2 der kais. V. v. 12. August 1851, Z. 184. Hier ist also die Eingabe selbst Beweisurkunde. Selbst die Anmerkung der Streitanhängigkeit auf Grund einer Klage constatirt blos die Thatsache der Einbringung der Letztern und erfolgt auf Grund des exhibirten Klagsrubrums.

**) Auch darüber, ob der Grund der Besorgniß objectiv dargethan werden müsse, oder ob die blos subjective Besorgniß des Erbschaftsgläubigers genüge, bietet der §. 15 keinen festen Anhaltspunkt zur Entscheidung. Nach dem Wortlaute wäre anzunehmen, daß dem Gerichte das Vorhandensein einer Gefahr dargethan werden müsse, während aus der Fassung des §. 812 b. G. B. mit Recht abgeleitet wird, daß eine blos subjective Besorgniß des Gläubigers genügt. Vgl. Stubenrauch, I. S. 1073 und Unger, Erbr. §. 41, Note 3.

weniger zu rechtfertigen, wenn die Sicherstellung des Einen möglicher Weise auf Kosten der Andern so ganz in die Hand des Zufalles gelegt ist, wie gerade im vorliegenden Falle. Wie leicht können da nicht einige wenige vom Sterbefall zufällig unterrichtete Gläubiger ihren weniger glücklichen Concurrenten den Vorrang abgewinnen? — Das Sicherstellungssystem in jener Gestalt und Ausdehnung, wie es uns im Entwurfe entgegentritt, erscheint daher als eine ziemlich willkürliche legislatorische Schöpfung, die in ihrer praktischen Durchführung nur wohl begründete Interessen zu schädigen geeignet ist, ohne berechtigten Ansprüchen gehörig Rechnung zu tragen. Es ist dies die begreifliche Folge des Abganges eines leitenden, an sich gerechtfertigten Grundprincips. — Das Bedenkliche der Neuerung wird noch dadurch vermehrt, daß die Frist, mit deren Ablauf die Erbschaftsgläubiger jedes Vorzugsrecht vor den Gläubigern des Erben in Ansehung des Erbgutes verlieren sollen, sehr knapp bemessen ist. Der Zeitraum von drei Monaten vom Erbanfalle gerechnet, ist entschieden zu kurz, um die Gläubiger des Erblassers genügend gegen die nachtheilige Concurrenz der Gläubiger des Erben zu schützen. Das römische Recht gewährt den Erbschaftsgläubigern das Separationsrecht durch 5 Jahre vom Antritt der Erbschaft an gerechnet (L. 1. §. 13 D. 42. 6.), das preuß. Landrecht (im Konkursfalle) durch ein Jahr nach dem Absterben des Erblassers (I. 16 §. 503), das französische Recht durch drei Jahre bezüglich der Mobilien von der Eröffnung der Erbschaft an gerechnet, bezüglich der Immobilien aber so lange, als sie sich in den Händen des Erben oder Erbeserben befinden (Art. 880 Code civ.)*) das sächs. b. G. B. durch ein Jahr nach Antretung der Erbschaft (§. 1342). Bei dem Umstande, als die Erbschaftsgläubiger meist nur gelegentlich von dem Tode ihres Schuldners Kenntniß erhalten, kommt die Fixirung einer dreimonatlichen Frist vom Todestage an gerechnet nahezu der totalen Negirung des Vorzugsrechtes derselben vor den Gläubigern des Erben gleich.

Was schließlich die Anwendung des eben entwickelten Sicherstellungssystems auf die Nacherben betrifft, so könnte dieselbe höch-

---

*) Vgl. Frey III., §. 722, dazu jedoch Marcardé und Mourlon I., S. 299.

stens in Ansehung des Mobiliarnachlasses für statthaft erachtet werden. Besteht hingegen der Nachlaß in Immobilien, so bietet doch gewiß die Anmerkung der Beschränkung des Vorerben in den öffentlichen Büchern das einfachste und nachhaltigste Sicherstellungsmittel für den Nacherben. (Vgl. auch §. 158 des Pat. v. 1854). Uebrigens haben wir bereits früher, bezüglich der Nacherben, einen besonderen Rechtsschutz in Antrag gebracht.

Aus diesen Erörterungen dürfte sich ergeben, daß das Sicherstellungssystem des Entwurfes das Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger zu ersetzen nicht geeignet ist. Und wir zweifeln, daß es überhaupt möglich ist, ein einfacheres und richtigeres Sicherstellungssystem zu erfinden, als jenes, welches sich in der römischrechtlichen separatio bonorum verkörpert. — Der Grundgedanke dieses, auf unabweisbaren Billigkeitsrücksichten beruhenden Instituts ist eben nur der, daß den Erbschaftsgläubigern durch eine bestimmte Frist hindurch noch die Möglichkeit geboten werden soll, sich gegen die nachtheilige Concurrenz der Gläubiger des Erben zu schützen, und so ungeachtet des Todes ihres Schuldners die Integrität seines Vermögens (res integra) zu ihrem Vortheile aufrecht zu erhalten. Für die Realisirung dieses Princips bietet offenbar die rechtliche und factische Absonderung der Vermögenskreise des Erblassers und des Erben, die natürlichste, ja die allein sachgemäße Handhabe. Nicht über den Zweck und die Mittel des Separationsrechtes, sondern lediglich darüber scheint uns eine Meinungsverschiedenheit begründet zu sein, an welche Voraussetzungen dasselbe geknüpft, durch welche Zeit es zulässig sein, und welche Rechtsfolgen die Geltendmachung desselben in Betreff der Stellung der Erbschaftsgläubiger zu dem Vermögen des Erben haben soll. Und in der That beschränken sich die Differenzen der neuern Gesetzgebungen fast nur auf diese Punkte. Das preuß. allg. Landrecht gewährt den Erbschaftsgläubigern die Separation nur in dem Falle, wenn der Erbe in Concurs verfällt, und nur unter der Voraussetzung, daß sie vor Ablauf eines Jahres nach dem Tode des Erblassers ihre Befriedigung von dem Erben gerichtlich gefordert und die Execution wider ihn bis zum eröffneten Concurs fortgesetzt haben. (§§. 500—505 I. 16.) *) — Das französ. Civilgesetzbuch

*) Vgl. Koch P. R. II., §. 493.

schließt sich ziemlich enge an das römische Recht an, jedoch mit zwei bemerkenswerthen Modificationen: Einmal verlieren die separirenden Gläubiger nicht das Recht, sich nach Erschöpfung der Erbschaft an das eigene Vermögen des Erben zu halten *). Sodann wird das Separationsrecht bei Mobilien auf drei Jahre, vom Tage der Eröffnung der Erbschaft beschränkt, während dasselbe in Betreff des Immobiliarnachlasses so lange ausgeübt werden kann, als dieser in der Hand des Erben ist. (Art. 878—880 Code civ.) **) — Das sächsische bürgerl. Gesetzbuch gibt das Absonderungsrecht den Erbschaftsgläubigern, Legataren und Nacherben durch ein Jahr vom Antritt des Erben, und dehnt die Rechtswirkungen desselben — unmotivirter Weise — auch auf die Nichtimpetranten aus ***). Da der Erbe für die Erbschaftsschulden stets nur mit dem Erbgute haftet, kann ihnen die Geltendmachung des Absonderungsrechts niemals zum Nachtheile gereichen. (Vgl. §§. 2333—2342 b. G. B., dazu Siebenhaar III. S. 321 flg.)

So möchten wir denn einfach die Rückkehr zum Grundgedanken der römischen Separatio bonorum empfehlen und nur die Geltendmachung derselben auf einen kürzeren Zeitraum (etwa auf ein Jahr vom Antritt der Erbschaft gerechnet) beschränken. Auch sollte unseres Erachtens die rechtzeitig geltend gemachte Separation den Erbschaftscreditoren das unbedingte Vorrecht vor den Gläubigern des Erben gewähren †). Denn außerdem wird der Vorzug der Ersteren aus faktischen Gründen (Zuvorkommung der Gläubiger des Erben) leicht illusorisch. Um jedoch das Publicitätsprincip des Instituts der öffent-

---

*) Der Art. 878 Code civ. statuirt nämlich diesen Verlust, der sich durchaus nicht von selbst versteht, nicht. Vgl. auch Zachariä (Anschütz) IV. 100, Frey III., §. 722, Note 3. Marcardé und Mourlon I., S. 300, 301.

**) Ueber den Verlust der Klage durch Versäumung der Inscription auf den Immobiliarnachlaß (art. 1108, 1109 Code c. 834 Code proc.) vgl. Marcardé und Mourlon a. O. S. 299, 300.

***) Vgl. dagegen Seuffert P. §. 573. Note 5, Unger, VI., §. 41, Note 41.

†) Also selbst in dem Falle, wenn die Gläubiger des Erben in jener Zwischenzeit Pfandrechte auf das Erbgut erworben hätten. Nach röm. Rechte müssen nämlich die Creditoren des Erben, denen res hereditariae von diesem verpfändet wurden, den später separirenden Erbschaftsgläubigern nicht weichen. Vgl. L. 1. §. 3. D. 42. 6, dazu Sintenis §. 186, Note 5.

lichen Bücher möglichst zu wahren, wäre allenfalls bei einer vor Ablauf jener Frist erfolgenden bücherlichen Vorschreibung der Rechte des Erben oder seiner Gläubiger der ebengedachte Vorbehalt zu Gunsten der Erbschaftscreditoren von Amtswegen aufzunehmen *). — Anderweitige Modificationen des röm. Separationsrechtes durch die neueren Legislationen scheinen uns nicht empfehlenswerth.

Ueber das Absonderungsrecht der Gläubiger des Erben haben wir uns bereits oben S. 51. 52 ausgesprochen.

---

§. 10.

Das beneficium inventarii.

Mit dem Erwerb der Erbschaft tritt der Erbe ohne weiters in den Vermögenskreis des Erblassers ein. Ihm stehen sofort alle Vermögensrechte des Letzteren zu. Dagegen ist er auch Schuldner der Gläubiger des Erblassers. Diesen haftet er persönlich gerade so, wie den eigenen Gläubigern mit seinem ganzen (dem ererbten und sonstwie erworbenen) Vermögen **). Hierbei kann es principiell keinen Unter-

---

*) Vgl. eine ähnliche Beschränkung zu Gunsten der Legatare im §. 28 der preuß. Novelle v. 24. Mai 1853 und im §. 69 des preuß. Entw. einer Hypothekenord. Für unerläßlich halten wir den Eintrag jenes Vorbehalts keineswegs; bei Unkenntniß des Rechtes ist ein Schutz des Vertrauens in die öffentl. Bücher kein Postulat des Publicitätsprincipes. — Das sächs. bürg. G. B. bestimmt dagegen im §. 2335, daß an den durch bürgerlichen Eintrag erworbenen Rechten die Absonderung nichts ändere. Nicht stichhaltig ist die Motivirung dieser Bestimmung bei Siebenhaar I., S. 322. — Nach dem derzeitigen Stande des österr. R. sind die Erbschaftsgläubiger vor der Einantwortung der Erbschaft insofern besser daran, als nach röm. Recht, als sie den Gläubigern des Erben unbedingt vorgehen. Vgl. Unger, Verlaßabh. S. 156.

**) Die Behauptung mehrerer „nicht so sehr durch die Zahl als durch die Namen ihrer Vertreter Achtung gebietender Juristen," daß die Erbschaft auch nach dem Antritt des Erben als selbstständiges Vermögen, als besonderes Vermögen im Vermögen des Erben fortexistire (s. bes. Puchta §. 447, Arndts §. 521, Note 3, Schenerl Beiträge I. S. 37 flg.) ist unhaltbar. Sie ist nur verständlich als Consequenz der gewiß unrichtigen Meinung, daß es neben dem

schied machen, ob das Nachlaßvermögen activ oder passiv ist. Wenn nun das positive Recht aus Rücksichten der Billigkeit dem Erben die Möglichkeit gewährt, sich gegen die Unbeschränktheit dieser Haftung zu schützen, so ist das zu diesem Zwecke gebotene Rechtsmittel offenbar ein Ausnahmsrecht, ein beneficium im vollen Sinne des Wortes *). Anders allerdings nach jenen Landesrechten, in welchen sich der deutschrechtliche Grundsatz erhalten hat, daß der Erbe von Rechtswegen nur mit dem Erbgute hafte, wie namentlich im sächsischen b. G. B. §. 2328. Die ipso jure beschränkte Haftung des deutschen Rechtes

---

Rechte an den einzelnen ererbten Vermögensobjecten auch ein dingliches Gesammtrecht am Vermögen als universitas gebe. Gegen diese Theorie „der Verdoppelung und Ineinanderschachtelung der Personen," wie sie Brinz gut bezeichnet, haben sich mit Recht Windscheid, Actio d. r. Civilr., S. 162, Köppen, Erbsch., S. 98 flg., Brinz, §§. 151, 156, auch Gruchot I. S. 14 und eingehend Unger, Erbr. §. 2, Note 14 und §. 42, Note 14 erklärt. Der Erbe, der an die Stelle des Erblassers tritt, hat nicht mehr Rechte als dieser; „gewiß hat aber ein Lebender nicht neben seinen einzelnen Vermögensrechten noch ein besonderes Recht an seinem Vermögen als Ganzen" (Unger a. a. O., S. 15). Auf derselben irrigen Auffassung beruht es, wenn von einer solidarischen Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers gesprochen wird. Vgl. z. B. Koch Privatr. II. §. 866, Note 7 und §. 872, S. 851; auch in manchen Codexstellen z. B. c. 22. §. 12, Cod. 6. 30. Selbst im Falle des Antritts mit Vorbehalt des ben. invent. kann nicht von einer Fortexistenz des Erbvermögens die Rede sein, weil nicht dieses, sondern nur der Activstand und zwar lediglich in der Art eine Sonderstellung hat, als er das alleinige Executionsobject der Erbschaftsgläubiger bildet. Nach österr. Rechte hat indeß das Erbgut nicht einmal diese Sonderstellung. Vgl. S. 107 flg. Auf einer Verwechslung des Activvermögens mit dem Vermögen überhaupt, beruht auch die abweichende Ansicht Zachariä III. §. 573, welcher im Falle des benef. inventarii von den mehreren „Vermögen" in der Hand Einer Person spricht.

*) Verkehrt ist die — wohl mit Resten altdeutscher Rechtsanschauung und mit der Meinung älterer Naturrechtslehrer zusammenhängende — Ansicht Zeiller's II., S. 838, daß die Erbschaftsgläubiger an sich nur das Recht haben, aus der Verlassenschaft befriedigt zu werden, ein Gedanke, der in mannigfaltigen Variationen auch bei anderen Commentatoren wiederkehrt (vgl. auch neuestens Stubenrauch I. S. 1057. 1. 1058. 1). Daß sich die Rechtswohlthat des Inventars nach dem Begriffe der Universalsuccession durchaus nicht von selbst versteht, hätte man schon daraus entnehmen sollen, daß sie erst durch Justinian eingeführt wurde. Vgl. gegen jene Vorstellung Brinz S. 676. Sintenis III. §. 185 (bezüglich der Soldaten, Note 7.) Unger §. 42, Note 2, Gruchot I., S. 139, Frey III., §. 698.

hängt mit der Grundanschauung desselben zusammen, welcher gemäß die Erbfolge nicht als Universalsuccession in das gesammte Vermögen des Erblassers (universum jus defuncti), sondern nur als Singularsuccession in die einzelnen Güter desselben erscheint, der zufolge ferner der Passivstand der Erbschaft, als eine nothwendige Verminderung des Erbgutes, und nicht als persönliche Schuld des Erben zu betrachten ist. (Vgl. Sachsensp. I. 6. §. 2., Gerber §. 248, Note 10, Beseler, D. P R. §. 149, Lewis, Succession d. Erben in d. Oblig. d. Erblassers nach deutsch. R. S. 4 flg.) Nach dem Vorbilde des römischen Rechtes, dem sich auch das preußische und französische Recht angeschlossen, hat die österreichische Gesetzgebung das Institut der Erbsantretung mit der Rechtswohlthat des Inventars angenommen *). In der Gestalt, in welcher uns dasselbe im allg. bürg. Gesetzbuche entgegentritt, weiset es jedoch nicht nur in der äußeren Form der Geltendmachung einige Modificationen auf, sondern enthält auch in Ansehung der materiellen Rechtsfolgen eine wesentliche Abweichung vom römischen Rechte und den demselben folgenden neueren Gesetzbüchern. In ersterer Beziehung beschränken wir uns auf die Bemerkung, daß in Folge der eigenthümlichen Gestaltung der Verlaßabhandlung in Oesterreich die Erklärung, die Erbschaft nur mit Vorbehalt anzutreten, zugleich mit der gerichtlichen Erberklärung abgegeben werden muß **),

---

*) Ueber die historische Entwicklung desselben in Oesterreich, vgl. Unger, Verlaßabh. IX.—XIII.

**) Darüber, daß auch nach österr. Rechte eine außergerichtliche Erbserklärung möglich sei, und daß in diesem Falle der Erbe noch vor der thatsächlichen Uebernahme des Nachlasses um die gerichtliche Inventarisirung desselben bitten müsse, vgl. Unger, Erbr. §. 42, Note 4, und diese Schrift S. 29, Note *. Indirect wird dies auch (wenigstens im Falle des §. 823 G. B.) von Zeiller II., S. 845 anerkannt, ohne daß derselbe jedoch die Form der Geltendmachung angibt. Dagegen fordert Schiestl, Zeitsch. für österr. Rechtsg. 1846 II., S. 229 flg. jederzeit gerichtliche Erbserklärung und neuerliche Abhandlung, wobei selbstverständlich der Vorbehalt sofort bei der Antretung zu erklären ist, — eine Ansicht, die nunmehr in Anbetracht des §. 180 Pat. v. 1854 gewiß nicht für richtig erkannt werden kann. Dagegen erklärt sich zwar auch Stubenrauch I. S. 1074 und 1099, 10), behauptet aber dafür ebenso unrichtig, daß nach einmal erfolgter Einantwortung weder das benef. separ. noch das benef. invent. gegen den evincirenden Erben geltend gemacht werden könne; dieser hafte immer nur mit dem überkommenen Erbgute. — Gegen diese, dem Wesen des Erbrechts (§. 547) widerstreitende Behauptung hat sich schon Unger Erbr. §. 42, Note 4

daß das Gericht selbst das Vermögensverzeichniß und zugleich die Werthserhebung des Nachlasses vorzunehmen hat, und daß die Erbittung einer Deliberationsfrist die Rechtswohlthat nicht ausschließt, während es in allen diesen Punkten nach römischem Recht anders sich verhält *). Auch kann der Erblasser dem Erben die Rechtswohlthat des Inventars durch das Verbot der Inventarisirung nicht benehmen **).

Weitaus wichtiger und von großer Tragweite ist jedoch die materielle Neuerung, daß der Beneficiarerbe nicht wie nach römischem Recht, nur mit den Mitteln der Erbschaft und sohin nicht über

---

erklärt. Geradezu wunderlich ist aber die Motivirung St.'s: „zu einer Haftung mit dem eigenen Vermögen (des Erben) scheint (!) aber durchaus kein rechtlicher Grund vorhanden zu sein, da (!) keine Vermengung des Nachlasses mit demselben stattfand." Also nur die faktische Vermengung ist der Grund der persönlichen Haftung des Erben? Und tritt nicht nachher dennoch eine solche Vermengung ein?

*) Vgl. über das röm. Recht Sintenis, §. 185, Arndts, §. 523, Brinz, §. 158, Puchta, §. 508, Mühlenbruch, 41. S. 423 flg. Gegen die Behauptung Seuffert's, P. §. 572 a. E., das b. inv. werde „heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuständigen Gericht erkläre, er trete die Erbschaft nur cum b. inv. an, worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorge" — sucht mit guten Gründen besonders Brinz, S. 679 flg. nachzuweisen, daß dies als gemeines Recht nicht angesehen werden könne. Vgl. auch Sintenis, §. 185 Note 14, der darauf hinweist, daß nach c. 22. C. 6. 30 überhaupt keine ausdrückliche Erbserklärung (noch weniger also eine gerichtliche) nothwendig sei, um das b. inv. zu erlangen. Particularrechtlich hat sich freilich in Folge der Ausbildung der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit wohl überall eine neue Procedur ausgebildet, neben welcher die der justin. Constitution meist antiquirt ist, „so daß von einer praktischen Anwendbarkeit derselben nur selten und ausnahmsweise noch wird die Rede sein können" (Sintenis a. O., Note 15).

**) Nach röm. Rechte ist diese Frage bestritten. Mit Recht ist die Mehrzahl der Juristen der Ansicht, daß die dem Erben gesetzte Bedingung, die Erbschaft ohne Vorbehalt anzutreten, giltig sei. Vgl. Mühlenbruch, 41. S. 434 flg. Der Erbe mag sich während der erbetenen Deliberationsfrist über den Bestand der Erbschaft orientiren und sohin entscheiden. — Die französische Jurisprudenz betrachtet jenes Verbot als ungiltig. Vgl. Zachariä, IV. §. 612. — Für das preußische Recht behauptet Gruchot I., S. 130 flg. die Ungültigkeit des Verbots aus allgemeinen Gründen und mit Berufung auf das Princip der §§. 643, 644 I. 12. — Für das sächs. und Züricher G. B. entfällt diese Frage.

den Umfang derselben (pro viribus et cum viribus hereditatis) für die Schulden des Nachlasses einzustehen hat, sondern daß er für dieselben persönlich mit seinem gesammten (ererbten und anderweitigen) Vermögen haftet *). Zwar bestreitet dies Unger Erbr. §. 42 Note 8 unter Berufung auf den Wortlaut der §§. 802, 812 (verb. ... „aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften"), §. 815 (verb. „mit seinem ganzen Vermögen"), unter Hinweisung auf den Stand des unmittelbar vorher in Geltung gewesenen (römischen) Rechtes, und endlich mit Rücksicht auf den Umstand, daß außerdem zur Firirung des Haftungsumfanges des Vorbehalterben eine nochmalige Schätzung zur Zeit der Einantwortung nöthig wäre. Auch die Commentatoren, die sich freilich nicht direct über die Frage aussprechen, scheinen diese Ansicht zu theilen, vgl. Zeiller II. S. 838 2), Nippel V. S. 186, Winiwarter III. S. 419, 424, Stubenrauch I. S. 1058. 1). — Indeß können wir uns nicht von der Richtigkeit dieser Auffassung überzeugen. Was zunächst den Wortlaut der §§. 802 u. 815 betrifft, so ist derselbe offenbar so zweideutig, daß ein bestimmter Schluß daraus nicht zuläßig ist. Ja es will uns scheinen, daß der Wortlaut des §. 802 für unsere Auffassung spricht. Denn es heißt daselbst: „Ein solcher Erbe wird den Gläubigern und Legataren nur soweit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre . . . Forderungen zureicht." Damit kann nun eben nichts Anderes gemeint

---

*) Daß der Beneficiarerbe nach röm. R. nur pro et cum viribus hereditatis hafte, geht aus nachstehender Stelle unzweifelhaft hervor: Const. 22 pr. C. 6. 30: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint; ipsorum autem bona a creditoribus hereditatis non inquietantur. Bei dieser bestimmten Verfügung erscheint die Behauptung Brinz' Pand. S. 677, 678: „daß der Erbe den Erbschaftsgläubigern wie seinen eigenen persönlich mit seinem Vermögen überhaupt, wenngleich nicht über den Betrag des Nachlasses hafte," trotz der etwas zweideutigen Fassung des c. 22. §. 4 cod. sehr gewagt. Was B. S. 677 zur Unterstützung seiner A. anführt: „sonst läge in der Inventarserrichtung von selbst auch eine Separation, was nirgends bezeugt ist" trifft nicht zu. Gewiß liegt eine Separation vor — aber nur zu Gunsten des Erben gegen die Erbschaftsgläubiger, nicht aber zum Schutze dieser gegen die Concurrenz der Gläubiger des Erben. Wollen die Erbschaftscreditoren diesen Schutz für sich, so mögen sie das benef. separat. ansuchen. Vgl. Arndts, Rechtslex. IV., S. 20. Pand. §. 524 Nr. 1, Holzschuher 2. A. II. S. 820, Nr. 5, Unger Erbr. §. 41, Note 3.

sein, als daß der Erbe persönlich haftet, soweit der Werth des Nachlasses (d. i. der Activstand nach Abzug des Passivstandes) hinreicht. (Vgl. auch §. 614. II. des westgal. G. B.: der Erbe haftet nur soweit, „als das Vermögen des Nachlasses zureicht") *). Auch aus den Schlußworten des §. 812, daß der Erbe den separirenden Erbschaftsgläubigern „aus eigenem Vermögen nicht mehr hafte," läßt sich nicht nur nicht schließen, daß er als Vorbehaltserbe ohnehin nicht mit seinem eigenen Vermögen haften würde, sondern es muß vielmehr daraus geschlossen werden, daß er den Erbschaftsgläubigern außer dem Falle der Separation — stets auch mit dem eigenen Vermögen hafte. — Die Berufung auf das ältere Recht könnte nur zur Unterstützung der aus dem Gesetze bereits entwickelten Auslegung benützt werden, welche Voraussetzung u. E. eben abgeht. — Die Behauptung endlich, daß zur Fixirung des Haftungsumfanges eine nochmalige Schätzung zur Zeit der Einantwortung nöthig wäre, erscheint uns unmotivirt. Im Gegentheil geht aus den §§. 97—108 d. Ges. v. 1854 hervor, daß wie für den Activstand der Verlassenschaft, so auch für deren Passivstand der Bestand und Werth derselben zur Zeit des Todes des Erblassers der Inventirung zu Grunde zu legen ist. Nur dieser Zeitpunkt — nicht der zufällige der Zustellung des Einantwortungsdecretes — wird also in diesem Punkte für maßgebend erachtet.

Allein noch andere positive Gründe sprechen für die hier vertheidigte Auffassung. Es heißt nämlich im §. 821: „Nach der erfolgten Einantwortung haftet jeder Einzelne selbst für die die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten nur nach Verhältniß seines Erbtheiles." Vergleicht man die Fassung dieses Paragraphes mit jener des §. 802 („soweit die Verlassenschaft . . . zureicht") und des §. 813; erwägt man, daß unter „Verlassenschaft" („Erb-

---

*) So faßt auch diese Worte auf die Entscheidung des obersten Gerichtshofes Nr. 907 in Unger-Glaser's Samml.: „Der §. 802 erklärt den Erben nur so weit verbunden, als die Erbschaft hinreicht, läßt aber dabei die Frage offen, ob der Erbe für diese beschränkte Verbindlichkeit nur mit dem Vermögen des Verstorbenen oder auch mit seinem eigenen einstehen müsse." Mit Bezug auf die §§. 547, 465 (?) b. G. B. und 400 ital. G. O. wird sodann angenommen, daß der Erbe auch mit dem eigenen Vermögen hafte. — So auch Zlobitzky, Zeitsch. f. öst. Rechtsgel. 1841 II., S. 24, 25.

schaftsmasse") gerade sowie unter dem „Vermögen des Nachlasses" (§. 614 II. westgal. G. B.) nur das Activvermögen nach Abschlag der Schulden verstanden sein kann; bedenkt man schließlich, daß nach §. 105 d. Ges. v. 1854 am Schlusse des Inventars „das nach Abzug der Schulden erübrigende reine Vermögen zu berechnen ist", so dürfte sich die Ueberzeugung aufdringen, daß nach der Absicht des Gesetzgebers unter der „beschränkten Haftung des Inventars" eben nur die Haftung bis zum Werthe der Verlassenschaft gemeint ist. Nicht genug: die mit der Inventur jederzeit vorzunehmende gerichtliche (notarielle) Schätzung der Nachlaßgegenstände, für welche die Formen genau vorgeschrieben sind (§§. 97—110 d. Ges. v. 1854, vgl. auch §. 616 II. d. westgal. G. B.) wäre völlig unerklärlich und eine wahre Vergeudung von Zeit und Kosten, wenn dieselbe nicht eben den Zweck hätte, den Werth des Nachlasses im Interesse des Erben und der Erbschaftsgläubiger unter öffentlicher Autorität sicherzustellen. (Vgl. §. 105 cit. des Ges. v. 1854). Daher finden wir denn auch die Vorschrift der gerichtlichen Schätzung der Nachlaßgegenstände weder im römischen Rechte, noch in jenen Gesetzgebungen, welche das Princip des römischen Rechtes (Haftung pro et cum viribus hereditatis) angenommen haben *). Dies gilt insbesondere vom preußischen allg. L. R. (§§. 434—438 I. 9) und dem sächsischen b. G. B. (§. 2331), während das französi-

---

*) In der c. 22. §. 2. Cod. 6. 30 heißt es: inventarium (super his rebus) ab ipso (herede) conficiatur . . . et impleatur sub praesentia tabulariorum caeterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt; subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant. Hiernach hat der Erbe das Inventar zu verfassen; eine Schätzung ist nicht nöthig (quantitas bedeutet gewiß nicht pretium), ebensowenig die Inventur durch das Gericht. Denn unter den tabularii sind wohl tabelliones, also Privatpersonen zu verstehen, die gewerbsmäßig Urkunden über Rechtsgeschäfte verfaßten und nur einer Art obrigkeitlicher Disciplin unterworfen waren. Vgl. Osterloh, Lehrb. der Civilproz. §. 171, Note 2, Wetzell, System des o. Civilproz. (2. Aufl.) §. 24, S. 206. — Arndts §. 523, Note 2, Sintenis §. 185 und Andere übersetzen tabularii mit: Notare, was u. E. nicht zu billigen ist. — Wohl findet h. z. T. regelmäßig die gerichtliche Inventur statt. Vgl. Seuffert, §. 573 a. E. Indeß in diesem Falle vertritt wohl, wie Brinz §. 158 a. E. näher ausführt, das Gericht nur die Stelle der tabularii oder Zeugen.

sche Recht Art. 794 bezüglich der Form des Inventars auf den Code proc. verweist *). Man wende nicht ein, daß ja auch der §. 435 I. 9. des preuß. L. R. die Schätzung verlange. Denn dieser Paragraph fordert die Angabe des Werthes der Vermögensgegenstände oder doch eine solche Beschreibung derselben, woraus erforderlichen Falls der Werth näher beurtheilt werden könne, gewiß nur zu dem Zwecke, um eine Uebersicht über die Größe der Erbschaft zu gewähren, nicht aber um den Umfang der Haftpflicht des Erben zu fixiren. Vgl. besonders Gruchot I. S. 179—183, welcher die auch nach preußischem Rechte von Einigen versuchte Begründung der Haftpflicht des Beneficiarerben im Umfange des Werthes des Nachlasses — als dem allgem. L. R. offenbar widersprechend — mit Recht verwirft **).

Endlich fällt auch noch für unsere Auffassung der Umstand in die Wage, daß weder das bürgerl. Gesetzbuch, noch die sonst stets weitschweifigen Verordnungen über die Verlaßabhandlung Bestimmungen über die Verwaltung des Erbgutes durch den Beneficiarerben enthalten, wie solche in den oben angeführten Gesetzgebungen zu finden sind und ehedem auch in Oesterreich (Hofd. v. 9. April 1737) bestanden haben.

Die hier vertheidigte Ansicht über die Haftungsart des Erben wird auch — soweit unsere Erkundigung reicht — allgemein in der Praxis getheilt. Vgl. auch Zoblitzky Zeitsch. f. österr. Rechtsgelehrs. 1841 II. 17 S. 24. 25, dann die Entscheid. des obersten Gerichtshofes in Unger — Glaser — Walther's Samml. N. 907 und 2064, dann in N. 93 der Ger. Zeit. v. 1865; dagegen indeß die

---

*) Die art. 941—943 Code proc. verlangen die Errichtung des Inventars durch einen Notar und die Schätzung (943. 3). Was für Folgen die Außerachtlassung des einen oder anderen Erfordernisses habe, ist fraglich. Vgl. Frey III. §. 708, Note 3.

**) Nach französischem, preußischem und sächsischem Rechte unterliegt es keinem Zweifel, daß der Beneficiarerbe nur im Umfang und nur mit den Mitteln der Erbschaft haftet. Vgl. art. 802—806 Code civ., dazu Zachariä IV. 102, Frey III. §. 705, Marcadé und Mourlon I., S. 269 und 302—303; Preuß. allg. L. R. §§. 443—446 I. 9, dazu Koch, Privatr. II., §. 806. 4), Bornemann VI., S. 479 flg., besonders die klare Darstellung Gruchot's I., S. 178—184; endlich sächsisches bürg. G. B., §§. 2328, 2330—2332, dazu Siebenhaar III., S. 320 flg.

Entsch. dess. in der Zeitsch. f. österr. Rechtsgel. 1842 I. S. 118. Unger selbst hat sie noch in der Schrift die Verlaßabh. S. 161—165 getheilt und seine Ansicht wurde (ohne Motivirung) von Dworzak, Oesterr. Viertelj. X Lit. Bl. S. 66, 67, von Harrassowsky, Verlaßabh. S. 65, von Helm, X. S. 243. 244 nicht beanstandet. Diese Anschauung hat offenbar auch der Entwurf in den §§. 2 und 20 adoptirt: „Beschränkt haftende Erben können nicht über den Werth des Nachlasses in Anspruch genommen werden*)." Und wir billigen die Annahme dieses Principes vollkommen — und zwar nicht nur aus rechtswissenschaftlichen, sondern noch viel mehr aus praktischen Gründen. Denn nur nach der hier vertretenen Auffassung läßt sich die Rechtswohlthat des Inventars mit dem Grundgedanken des Erbrechts: der völligen Verschmelzung der Vermögenskreise des Erblassers und des Erben in Einklang bringen**); nur sie kann die Anomalie der Zwitterstellung des Beneficiarerben in den Hintergrund drängen; während die entgegengesetzte Ansicht sich kaum der unnatürlichen Anschauung zu entwinden vermag, daß der Beneficiarerbe zwei gesonderte Vermögenskreise äußerlich vereinigt, deren verschiedenartige Behandlung im Rechte sich nicht nur in Ansehung der Haftung für die Erbschaftsschulden, sondern in noch viel plumperer Weise in Betreff der Verwaltung und Verfügung mit dem Erbgute kundgibt?***) Der Beneficiarerbe hat nämlich in Ansehung des Letzteren eben nur die Stellung eines procurator cum libera administratione; er hat das Erbgut bei freier Verfügung über dasselbe wie ein fremdes, im Interesse der Erbschaftsgläubiger mit aller Sorgfalt zu verwalten und über Begehren derselben Rechenschaft zu geben. Vgl. preuß. L. R. §. 44 I. 9, franz. Civilr. Art. 803, sächs.

---

*) Der Vorbehaltserbe wird also aus Erbschaftsschulden beschränkt (bis zum Werthe des Nachlasses) verurtheilt, aber unbeschränkt exequirt, während er nach dem röm. Recht nicht nur unter Vorbehalt (aus dem Nachlasse) verurtheilt wird, sondern auch die Erbschaftsmasse der alleinige Exekutionsfond ist. Vgl. Unger Erbr., S. 182, Note 8, Gruchot, S. 181—182, Siebenhaar III., S. 320.

**) Aehnlich ist der hier vertretenen Auffassung das Verhältniß des Komanditisten nach Handelsrecht. Vgl. art. 165. Allg. Hand. G. B.

***) Ueber die rechtliche Stellung des Erbgutes als Sondergutes, vgl. meinen Aufsatz „Zweckvermögen" in Siebenhaar's Archiv d. Wechsel- und Handelsr. XV., S. 10 flg.

G. B. §. 2330, dazu Unger Erbr. S. 179, Gruchot I. S. 184. 185 *). Vgl. auch das Hofd. v. 9. April 1737 (abgedruckt bei Unger Erbr. §. 42 Note 10), welches dieses Verhältniß ganz richtig folgendermaßen ordnete: „Die Erben werden ungeachtet des ihnen bleibenden benef. legis et inventarii vollkommen domini und können mit dem ererbten Vermögen, obwohl sie davon künftighin den vorkommenden Creditoren Rechenschaft geben müssen, doch inmittelst und so lange es nicht in fraudem creditorum geschieht, pleno jure disponiren" **).

Aber noch weit mehr aus praktischen Gründen, die auch Unger Verlaßabh. S. 163. und Gruchot S. 181 nicht verkennen, verdient der Haftungsmodus des Inventarerben bis zum Werthe des Nachlasses den Vorzug. Denn nicht nur wird durch dasselbe das Verhältniß des Beneficiarerben zu den Erbschaftsgläubigern rasch einer definitiven Ordnung entgegengeführt, sondern es werden die außerdem unerläßlichen Bestimmungen in Betreff des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes des Vorbehaltserben über das Erbgut ganz entbehrlich, was um so schwerer in die Wagschale fällt, als die bezüglichen Beschränkungen, wie die Erfahrung zeigt, leicht entweder zu beschwerlich für den Erben oder zu wenig ausgiebig für

---

*) Vgl. auch Ihering, Abh. S. 153, Note 1, der treffend und unter Beifall Unger's Verlaßabh. S. 162 und Gruchot's I., S. 178 bemerkt: „Die Einführung des beneficii inventarii ist eine Neuerung, welche dem Grundgedanken des Erbrechtes Hohn spricht und die zur Zeit der klassischen Jurisprudenz kein Kaiser vorgenommen haben würde. Das wissenschaftliche Interesse soll freilich eine Maßregel, die wie jene ein praktisches Bedürfniß war, nicht verhindern; wohl aber soll es das Bestreben des Gesetzgebers sein, beiden Genüge zu thun; .. man brach jedoch ohne Weiteres ein Loch in die Mauer, weil man zu kurzsichtig oder bequem war, das Thor zu suchen."

**) Unnöthig und sachwidrig war die Bestimmung des §. 443 I. 9. preuß. L. R., dem zufolge der Beneficiarerbe nur ein eingeschränktes Eigenthum des Nachlasses erhielt. Seit der Verord. v. 28. März 1840, welche die im §. 448 I. 9 vorgeschriebene Eintragung dieser Beschränkung in das Hypothekenbuch aufhob, sind jedoch Veräußerungen der Nachlaßgegenstände weder ungiltig noch unwiderruflich, und die Gläubiger haben nur wegen ungerechtfertigter benachtheiligender Verfügungen des Erben einen Anspruch gegen denselben. Somit steht das preußische Recht h. z. T. wieder auf dem Boden des römischen. Vgl. hierüber Bornemann VI. S. 479 flg., Koch Privatr. II. S. 840. Temme II, S. 264.

die Erbschaftsgläubiger ausfallen. So sind die betreffenden sehr eingehenden Bestimmungen des französischen Gesetzbuches (vgl. a. 803 bis 810 Code civ., dazu Frey III. §. 702, Marcardé u. Mourlon I. S. 302—305) für den Erben außerordentlich lästig*), während der Schutz der Erbschaftsgläubiger nach römischem Recht, das hierüber keine besonderen Bestimmungen enthält, ferner nach dem sächs. G. B. (§. 2328. 2330—2332 G. B.) und wohl auch nach heutigem preußischen Recht (vgl. Note ** S. 113) kaum als genügend erscheinen dürfte**).— Endlich entfällt nach dem hier verfochtenen Haftungsmodus das außerdem oft unvermeidliche Liquidationsverfahren in der Executionsinstanz, welches den Erbschaftsgläubiger, der schon mit der Execution beginnen zu können meint, zu einem neuerlichen Proceßverfahren zwingt. (Vgl. hierüber Unger, I. §. 131 Note 18, VI. §. 42 Note 8.) Nach der hier gebilligten Auffassung kann der Nachlaßgläubiger ohne Weiteres auf das gesammte Vermögen des Erben die Execution führen, und es ist Sache des Letzteren, im Wege der Oppositionsklage zu erweisen, daß der Nachlaßwerth durch die ordnungsmäßig (§. 812) erfolgten Zahlungen erschöpft, hiemit das Executionsrecht des Gläubigers erloschen sei***).

Einen anderen Ausweg schlägt das Zürcher Recht im §. 2005 Civilgesetzb. ein. Die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars hat nur die Bedeutung einer verlängerten Deliberationsfrist (vgl. Gruchot, S. 148); sie soll dem Erben nur das Material zur Entschließung bieten, ob er die Erbschaft antreten oder ausschlagen solle. Nimmt er die Erbschaft an, so haftet er nach

---

*) Der Vorbehaltserbe muß unentgeltlich verwalten und über Ansuchen der Erbschaftsgläubiger sofort bei Verlust des Beneficiums Rechnung legen; er kann Mobilien und Immobilien nur in öffentlicher Feilbietung und letztere nur mit gerichtlicher Bewilligung veräußern; er muß für den Werth resp. Erlös der verkauften Mobilien und Immobilien Bürgen stellen oder den Erlös deponiren und sich nach Umständen dem sog. Oppositionsverfahren fügen.

**) Uebrigens ist nicht zu übersehen, daß die Inventur nach sächsischem Recht nur zur Sicherung, nicht zur Befreiung des Erben von der unbeschränkten Haft dient, da jeder Erbe von Rechtswegen Vorbehaltserbe ist. (§. 2328.)

***) Vgl. die Entsch. d. oberst. G.-H. N. 1114. 1115. 1442 der Unger-Glaser'schen Samml. Mit Unrecht will Zlobitzky, Zeitsch. f. öst. R. 1841 II. S. 17 flg. die Einwendung der Unzulänglichkeit des Nachlasses auf das Erkenntnißverfahren beschränken.

§. 2008 für die ermittelten Schulden unbeschränkt. Hiermit ist das beneficium inventarii des röm. Rechtes seinem Wesen nach aufgehoben. Es ist nur die Frage, — die wir uns ohne Kenntniß der hierüber gemachten praktischen Erfahrungen zu beantworten nicht getrauen — ob nicht die Erbschaftscreditoren und Erben unter den Folgen des sodann eintretenden Verfahrens leiden?

Wenn wir nun einerseits die Haftung des Vorbehaltserben im Umfange des Werthes der Erbschaft billigen, so erkennen wir andererseits mit Unger, Verlaßabh. S. 163—165 an, daß die Bestimmungen des österr. Rechtes zum Schutze der Erbschaftsgläubiger nicht ausreichend sind. Und dieselbe Ausstellung trifft den Entwurf. Einmal sind die Nachlaßcreditoren (das Aerar freilich ausgenommen — §§. 84. 85 Geb. Ges.) gegen betrügliche Handlungen des Vorbehaltserben, insbesondere gegen Unterschlagung und Verheimlichung von Nachlaßgegenständen gar nicht geschützt, — denn die selbstverständliche Haftung des Erben für den Werth dieser Objecte, wenn dieser überhaupt noch sichergestellt werden kann, ist eben kein sachgemäßer Schutz —; sodann liegt für die Erbschaftsgläubiger die Möglichkeit einer Benachtheiligung in dem Umstande, daß sie — außer dem Falle der Separation — zur Inventarisirung und Schätzung des Nachlasses nicht beigezogen werden. Vgl. §. 95. d. Ges. v. 1854*). Zur Ausfüllung dieser Lücken empfiehlt sich in ersterer Beziehung die Bestimmung des Art. 801 des Code civ., welchem zu Folge der Erbe, der sich eine Verheimlichung zu Schulden kommen läßt, der Rechtswohlthat des Inventars verlustig wird**). In letzterer Beziehung befürworten wir 1. die Verständigung der von dem Erben in dem Vorbehaltsgesuche anzugebenden Erbschaftsgläubiger im weit. S.

*) Nach der Einantwortung können die Gläubiger nicht mehr auf die Feilbietung des Nachlasses dringen. Vor der Einantwortung haben sie dies Recht nur dann, wenn der Erbe behauptet, daß der Nachlaß zur Tilgung aller Schulden nicht ausreicht (arg. §. 815). Vgl. Stubenrauch, I. S. 1081. Unger Verlaßabh. S. 161.

**) In derselben Weise wird auch der §. 439 I. 9. d. preuß. L. R. interpretirt. (Vgl. Gruchot, I. S. 168. Koch, Privatr. II. S. 839. 5). Nicht ausgiebig genug scheint uns die poena duppli des röm. Rechtes (c. 22 §. 10 C. h. t.) Ungenügend sind auch in diesem Punkte die Bestimmungen des sächs. G. B. (§. 2331.)

von der Vornahme der Inventur und Schätzung; soweit eine gerichtliche Schätzung (wie namentlich der Immobilien) nicht stattfindet, oder sofern ein Gläubiger von der Vornahme der Inventur nicht verständigt würde, soll ihm das Recht zustehen, binnen Jahresfrist auf die gerichtliche Schätzung anzutragen*); 2. der Gläubiger soll befugt sein, binnen derselben Frist die eidliche Bestätigung der Vollständigkeit des Inventars bei Verlust der Rechtswohlthat zu verlangen, wenn er die Verheimlichung einzelner Gegenstände wahrscheinlich macht. Was den letzteren Punkt betrifft, so halten wir die Bestimmung des preußischen Rechts (§§. 440. 441 I. 9.), demzufolge selbst das gerichtliche Inventar auf einfaches Verlangen der Interessenten eidlich bestätigt werden muß, wenn entweder keine Siegelung vorgenommen oder dieselbe nach Ablauf von 24 Stunden nach dem Tode des Erblassers angesucht wurde, für zu engherzig und bei dem Umstande, als Eide überhaupt und Manifestationseide insbesondere im Interesse der Wahrung der Heiligkeit des Schwures thunlichst vermieden werden sollen, auch nicht für genügend gerechtfertigt**). Dagegen scheint uns die Vorschrift des §. 2331 des sächs. Civilges., welches den Erbschaftsgläubigern nur beim Privatinventar das Recht gibt, die eidliche Bestärkung desselben zu fordern, zum Schutze derselben nicht ausreichend, zumal das amtliche Inventar innerhalb der Frist eines ganzen Jahres nach erlangter Kenntniß von

---

*) Den Vorschlag Unger's Verlaßabh. S. 165, daß der Erbe zur Erklärung aufgefordert werden solle, ob er die Nachlaßsachen entweder zum Inventarswerthe mit Hinzuschlag eines Drittels behalten, oder dieselben zur Feilbietung bringen wolle, vermögen wir nicht zu billigen. Die Annahme U.'s, daß der gemeine Werth regelmäßig um ein Drittel weniger betrage, als der durch Feilbietung erzielbare Erlös, trifft erfahrungsmäßig nicht zu; in den letzten Jahren kömmt sogar viel häufiger der umgekehrte Fall vor.

**) Vgl. über das preuß. Recht Gruchot I. S. 170—175. — Das röm. Recht kennt nur das Privatinventar. Die Richtigkeit desselben muß über Ansuchen der Interessenten eidlich bestätigt werden. Vgl. c. 22 §. 10 C. h. t. und Arndts, §. 523 a. E., Mühlenbruch 41 S. 408 flg. — Wenn Harrasowsky, a. O. S. 62 meint, daß in der schleunigen Aufnahme der Inventur eine bessere Garantie für die Richtigkeit des Vermögensverzeichnisses liege, als in der eidlichen Bekräftigung, so übersieht er, daß die Inventur (von außerordentlichen Fällen abgesehen) gewöhnlich erst Wochen nach dem Todesfalle vorgenommen zu werden pflegt. Aber auch sonst müssen wir seine Behauptung so lange bezweifeln, als im Volke die Ueberzeugung von der Heiligkeit der Eide lebt.

dem Erbanfall rechtzeitig aufgenommen werden kann. Kommen doch (meist wegen der hohen Nachlaßgebühren) selbst bei sofortiger gerichtlicher Inventarisirung des Nachlasses — und ein Aufschub von einem oder einigen Tagen ist selten zu vermeiden — Verheimlichungen von Nachlaßgegenständen (insbesondere Werthpapieren) vor.

Eine Bestimmung des Inhalts, daß es dem Vorbehaltserben binnen einer bestimmten Frist freigestellt werde, den Nachlaß den Gläubigern zur Befriedigung zu überlassen und sich dadurch der Haftung zu entschlagen, darf nach Vorgang des französischen Rechtes (Art. 802 Code civ.) als billig empfohlen werden. Vgl. auch Unger a. O. S. 165.

§. 11.

Das erbschaftliche Liquidations-Verfahren.

Die Rechtswohlthat des Inventars ist nach österr. Rechte in gewisser Beziehung durch die Verpflichtung des Erben zur gerichtlichen Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger beschränkt. Der Vorbehaltserbe hat nämlich nach §§. 813—815 G. B. die Pflicht *), die Gläubiger im eng. S. mittelst gerichtlichen Edicts aufzufordern, ihre Forderungen binnen der Edictalfrist gerichtlich anzumelden und darzuthun **), widrigens sie ihren Anspruch verlören, soweit die Verlassenschaft durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft wäre ***). Pfandgläubiger trifft diese Rechtsfolge nicht. Während des Ver-

*) Ungenau heißt es, soweit es den Vorbehaltserben betrifft, im §. 813: „es stehe dem Erben frei." Hierdurch irre geführt, behauptet unrichtig Wessely, Zeitsch. f. österr. Rechtsg. 1842. I. S. 53, daß der Erbe zur Convocation nur berechtigt, nicht verpflichtet sei. — Dem unbedingt erklärten Erben nützt das Liquidationsverfahren Nichts, da er unter allen Umständen ohne Beschränkung haftet, aber es ist ihm nicht versagt. Vgl. Stubenrauch, I., S. 1077, Nr. 2, Unger, Erbr. §. 42, Nr. 15.

**) Irrig behauptet Harrassowsky a. O., S. 66, daß über die Richtigkeit der Forderungen keine Verhandlung gepflogen wird. Vgl. §. 136 Ges. v. 1854 und Füger, Erbr. III. S. 111. 112.

***) Die Gläubiger können auf die gerichtliche Feilbietung dringen. Vgl. S. 115, Note *.

fahrens ist die Execution in das Erbgut, nicht aber das Erkenntnißverfahren gehemmt *). Nach erfolgter Einantwortung findet das Convocationsverfahren nicht mehr statt. Denn mit der Einantwortung bildet das Nachlaßvermögen einen integrirenden Bestandtheil des Vermögens der Erben; es hat aufgehört eine selbstständige oder auch nur abgesonderte Existenz zu haben **). Die Unterlassung der Convocation hat die Folge, daß der Vorbehaltserbe soweit unbeschränkt haftet, als die Gläubiger im Falle der Vertheilung des Nachlasses „nach der gesetzlichen Ordnung“ Zahlung erlangt haben würden (§. 815). Zeigt sich nach Ablauf der Convocationsfrist, daß der Nachlaß zur Deckung der angemeldeten Forderungen nicht zureicht, so hat der Erbe die Concurseröffnung anzusuchen, widrigens er sich in derselben Weise haftbar macht. Unter der „gesetzmäßigen“ Vertheilung (§. 815) kann nur die im Wege des Concurses erzielte verstanden werden ***). Der Vorbehaltserbe mag zwar immerhin die crida-

---

*) Dies nimmt mit Recht die Mehrzahl unserer Schriftsteller an. Vgl. Stubenrauch I. S. 1078, 1079, wo diese Controverse näher beleuchtet wird, und Unger, Erbr. §. 42, Nr. 18 gegen Wessely a. a. O., S. 54. 55.

**) Von dieser Auffassung geht auch das Hofd. v. 27. März 1846 Z. 948 aus, welches erklärt, daß „nach den bestehenden Gesetzen“ der Beneficiarerbe nach erfolgter Einantwortung der Verlassenschaft die Eröffnung des Concurses über dieselbe nicht mehr verlangen könne. (Vgl. auch Stubenrauch I. S. 1082 11.) Anderer Ansicht ist Unger, Erbr. §. 42 Note 16, dessen Gegengründe jedoch nicht zutreffen. Denn abgesehen davon, daß sonst ein Widerspruch mit dem cit. Hofd. bestände, da das Liquidationsverfahren möglicher Weise zum Concurse führt (was freilich Unger a. O. Note 17 leugnet,) so hat wie früher gezeigt, das Erbgut (Aktivvermögen) nach österr. Rechte nicht einmal die ausgezeichnete Stellung, daß es für die Erbschaftsgläubiger wie nach röm. Recht den ausschließlichen Executionsfond bildet. Vgl. S. 112, Note *.

***) Vgl. die Entsch. d. oberst. G. H., Nr. 1442 der S. Unger-Glaser's. Wesentlich derselben Ansicht sind Zlobitzky, Zeitsch. f. österr. Rechtsgel. 1841. II., S. 17 flg., Nippel V. S. 216, Stubenrauch I. S. 1081. Anderer Ansicht ist Unger, Erbr. §. 42 Note 17, welcher meint, daß der Erbe oder das Gericht (ohne förmlichen Concurs) die cridamäßige Vertheilung vornehmen könne. Indeß das Gericht ist zu einer concursmäßigen Befriedigung ohne Einleitung des Concursverfahrens nicht competent. Uebrigens deutet der §. 2. Conc.-Ord. v. 1781 deutlich darauf hin, daß in diesem Falle über die Anzeige des Erben der Concurs eröffnet werden muß. Nur unter dieser Voraussetzung läßt es sich auch erklären, daß die österr. Gesetzgebung keinerlei besondere Bestimmungen über die cridamäßige Vertheilung des insolventen Erbschaftsvermögens

mäßige Vertheilung außergerichtlich durchführen — und er kann dies vielleicht ohne große Gefahr thun, da er doch immer nur soweit haftet, als die Gläubiger im Falle des Concurses Zahlung erhalten haben würden, diese aber bei den großen Kosten des Concursverfahrens bei der außergerichtlichen cridamäßigen Vertheilung jedenfalls mehr erlangen werden, als bei der gerichtlichen. Allein der Vorbehaltserbe hat nicht die Pflicht zu einer solchen außergerichtlichen Vertheilung; ja er kann sogar zu Schaden kommen, wenn sich nämlich innerhalb der Concursfrist auch noch andere Gläubiger melden, als jene, welche sich vorher in Folge der Convocation gemeldet haben.

Gegen das eben dargestellte Convocationsverfahren hat sich mit Entschiedenheit Unger, Verlaßabh. S. 166—168 Erbr. §. 42 Note 17 erklärt, da es ein Ausfluß der verkehrten Ansicht sei, daß der Erbe nur den reinen Nachlaß erhalten solle und weil ferner der Vorbehaltserbe ohne Grund mit der cridamäßigen Vertheilung des Nachlasses beschwert werde. „Das erbschaftliche Liquidationsverfahren — eine kostspielige und langwierige Procedur, während welcher die Execution gegen den Erben stille steht, führt zu einer empfindlichen Verzögerung des Abhandlungsgeschäftes und steht vor Allem im entschiedenen Widerspruche mit dem allgemeinen Grundsatze, daß jeder selbst für sich zu sorgen habe *).“ U. befürwortet einfache Rückkehr zu dem Grundsatze des röm. Rechtes (c. 4. 5. 7. Cod. 6. 30.), welchem zufolge der Vorbehaltserbe die Erbschaftsgläubiger so, wie sie sich melden, befriedigen kann und will bloß den nicht befriedigten Gläubi-

enthält, wie solche außerdem unerläßlich gewesen wären, und wie sie in der That die preuß. a. G. O. gegeben hat.

*) In derselben Weise äußert sich Koch in seinem Entwurfe einer preuß. C. P. O. (1848) §. 600: „Es hängt mit dem Grundsatze des modernen Staatsrechtes (?) zusammen, daß jeder für sich selbst zu sorgen hat .... Der erbschaftliche Liquidationsproceß ist bei diesen Grundsätzen überflüssig; die Beseitigung dieses schwerfälligen Institutes ist ein offenbarer Gewinn an Zeit und Geld für die Gläubiger.“ Ein ähnliches Urtheil findet sich in den „Beiträgen zur Erläuterung des preuß. Rechtes“ I. S. 189, 190 (abgedruckt bei Gruchot I. S. 188). — Aber man erwäge, daß gerade das moderne Recht par excellence: das Handelsrecht die Handelsgläubiger in eminenter Weise durch die Publication aller jener Acte ihres Schuldners schützt, welche auf ihre Rechte Einfluß haben können. Man vgl. art. 13. 14. 19. 21. 25. 46. 87. 88. 115. 129. 135 u. s. f. des a. H. G. B.

gern gegen die Legatare und eventuell gegen die befriedigten Gläubiger einen in kurzer Frist (3 Jahren) verjährenden Regreßanspruch auf verhältnißmäßige Zahlung gewähren *).

Dennoch vermögen wir uns dieser Auffassung nicht anzuschließen. Abgesehen davon, daß nach österr. Rechte nicht der Erbe mit der cridamäßigen Vertheilung beschwert erscheint, so ist u. E. das Institut des erbschaftlichen Liquidationsprocesses nicht so sehr als ein Ausfluß des Grundsatzes anzusehen, daß dem Erben nur der reine Nachlaß gebühre**), als vielmehr als eine Einschränkung der Rechtswohlthat des Inventars, beruhend auf Billigkeitsrücksichten gegen die Erbschaftsgläubiger, deren Rechte gar leicht durch den an keine Rücksicht gebundenen und (außer dem Falle des Dolus) keiner Verantwortlichkeit unterworfenen Vorbehaltserben geschädigt werden können***). Will dieser die Wohlthat der beschränkten Haf-

---

*) Nach röm. Recht (c. 22. §. 4—7. 10. Cod. 6. 30) ist dies Regreßrecht gegen die Gläubiger im Einzelnen sehr bestritten. Vgl. Mühlenbruch 41. S. 368—372, Seuffert §. 572 Note 14, Holzschuher II. S. 809 ad 6 einerseits und Heimbach, Rechtslex. I. S. 914, Arndts §. 523, Unger, Verlaßabh. S. 167 Note 29, Gruchot, S. 193 anderseits. — Das französische Recht folgt dem römischen, versagt aber den Rückgriff gegen die befriedigten Gläubiger und gestattet ihn nur gegen die befriedigten Legatare, durch drei Jahre vom Zeitpunkt des Rechnungsabschlusses. Nur dann, wenn die Gläubiger gegen die Zahlung durch den Erben Einsprache erheben, hat die Vertheilung gerichtlich zu geschehen; befolgt Letzterer diese Vorschrift nicht, so haftet er für das Interesse. Vgl. art. 808 code civ., dazu Zachariä IV., §. 619, Frey III., §. 702. Ueber das complicirte Oppositionsverfahren, vgl. Marcadé und Mourlon I., S. 303—305. — Das sächsische Gesetzb. schließt sich dem röm. Recht an und gewährt den leer ausgehenden Creditoren einen Rückgriff gegen die befriedigten Legatare und Gläubiger. Vgl. §. 2332.

**) Dies zeigt schon der Umstand, daß sich dasselbe Institut und zwar vollständiger ausgebildet im preußischen Rechte findet. Von irrigen Gesichtspunkten geht aus Helm a. a. O., S. 247, 248.

***) Vgl. auch Dworzak, in Haimerl's Viertelj. X. Liter. Anz. S. 67: „Es scheint mir doch problematisch, ob die nachtheiligen Wirkungen der Bestimmung des §. 814 b. G. B. jene Nachtheile so sehr überwiegen, welche aus der römischen Procedur leicht für die Gläubiger entstehen können." Auch Harrassowsky a. a. O., S. 33, 65, 66 und Helm a. a. O., S. 247 erklären sich für das Liquidationsverfahren, freilich für das im a. b. G. B. geregelte, — was wir nicht billigen können. Am allerwenigsten vermögen wir die auf nicht voller Uebersicht der Sachlage beruhenden Expectorationen Helm's a. a. O. zu begreifen.

tung genießen, so mag er sich auch einer Vorsichtsmaßregel unterwerfen, die bis zu einem gewissen Grade nur ein Gebot der billigen Rücksicht für die Nachlaßgläubiger ist. Allerdings läßt sich die schwerfällige und langwierige Procedur, welche zu diesem Zwecke das österr. b. G. B. (vgl. dazu noch die §§. 133—136 Ges. v. 1854) und noch mehr das preußische allg. L. R. (§§. 452—456 I. 9. u. Concursord. v. 1855. §§. 342. 345. 355—357.) eingeführt haben, nicht rechtfertigen*), da die bezüglichen Vorschriften den Erben oft zu einem kostspieligen Verfahren drängen, das Gericht mit einem zeitraubenden und nach Umständen (bei hervorkommender Insolvenz des Nachlasses) erfolglosen Procedur belasten und ränkesüchtigen Erben ein Mittel an die Hand geben, die Erbschaftsgläubiger chicaneuser Weise Jahre lang hinzuhalten**). Allein es kommt eben nur darauf an, die Rücksichten der Billigkeit mit den Forderungen des Rechtes in sachgemäßer Weise in Einklang zu bringen. Nicht das Princip des Convocationsverfahrens, sondern die Durchführung desselben ist u. E. in der österr. Gesetzgebung verfehlt. Darum begrüßen wir die Bestimmungen der §§. 18. u. 19. des Entwurfes, welche ein einfaches, die Gerichte nicht behelligendes und den Erben nicht beschwerendes Verfahren in Antrag bringen, mit Befriedigung. Der Vorbehaltserbe hat nämlich innerhalb der ihm zur Erbserklärung ge-

---

Irrig behauptet Wessely a. O., S. 51, daß das Edictalverfahren der §§. 813—815 zunächst zum Vortheil des Erben dienen solle.

*) Nach der a. G. O. I. 51 flg. war das preuß. Liquidationsverfahren eine Art Concurs über das unzulängliche Vermögen eines Verstorbenen. „Einen inneren Grund gab es nicht, welcher hinderte, diesem Verfahren die Wirkungen des eigentlichen Concurses beizulegen . . . Das neue Recht (der C. O. v. 1855) hat an die Stelle dieses concursmäßigen Verfahrens eine bloße Aufforderung zur Anmeldung der Ansprüche und eine Präclusion gesetzt, wobei es dem Erben freigestellt ist, sich mit den angemeldeten Gläubigern zu benehmen, diesen aber, auf die Concurseröffnung über den Nachlaß anzutragen.“ Koch Privatr. II., §. 504, Note 5.

**) Dieser Uebelstand würde noch greller hervortreten, wenn die Behauptung Stubenrauch's I. S. 1079, 3) richtig wäre, daß die Gläubiger während des Convocationsverfahrens keine Verzugszinsen fordern können, für welche Meinung sich St. irrig auf Wessely a. a. O. beruft, der im Gegentheil (vgl. S. 155) die entgegengesetzte, offenbar richtige Ansicht zu theilen scheint. Die Meinung St.'s beruht auf einer Verwechslung processualer und materieller Gesichtspunkte.

setzten erstreckbaren Frist die Gläubiger in den Amtsblättern des Landes, wo das Erbschaftsgericht seinen Sitz hat, aufzufordern, ihre Forderungen bei ihm binnen einer mindestens mit einem und längstens mit zwei Monaten zu bemessenden Frist anzumelden. Läßt er diese Aufforderung außer Acht oder befriedigt er nur einzelne Gläubiger, obgleich ihm die Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung aller Erbschaftsgläubiger bekannt ist *), so hat er die Gläubiger, welche in Folge dessen ganz oder theilweise unbefriedigt blieben, insoweit zu entschädigen, als sie bei einer verhältnißmäßigen (?) Bezahlung befriedigt worden wären. Bis zum Ablauf der Edictalfrist kann der Erbe mit der Befriedigung der Gläubiger, „deren Ansprüche nicht auf dinglichen Rechten beruhen", innehalten **).

Indem wir den im Entwurfe eingeschlagenen Weg im Allgemeinen billigen, erachten wir doch nachstehende Aenderungen für dringend angezeigt: Zunächst halten wir das im §. 18 enthaltene Moratorium bis zum Ablauf der Convocationsfrist insoweit für ungerechtfertigt, als es sich um eine gerichtliche Execution handelt. Der Zweck der Einberufung der Verlaßgläubiger kann verständiger Weise lediglich der sein, die Letzteren vor den Folgen der wenn auch nicht dolosen, so doch willkürlichen oder ohne die Anwendung der nöthigen Vorsicht erfolgenden Befriedigung der sich zufällig meldenden oder vom Erben bevorzugten Nachlaßgläubiger zu schützen. Diese Gefahr liegt nicht vor, wenn der Gläubiger sein Recht im Executionswege geltend macht ***). Der Einwand, daß hierdurch möglicher Weise

---

*) Ungenau und irreführend ist die Fassung des §. 19 „obgleich ihm bekannt ist, daß der Betrag, bis zu welchem er haftet, zur Bestreitung aller gegen ihn als Erben erhobenen Forderungen nicht ausreicht"; denn einmal kennt ja in der Regel der Erbe jenen Betrag zur Zeit der Convocation noch gar nicht, da in der Regel die Inventur noch nicht vorgenommen sein wird; sodann haftet der Erbe gewiß auch dann, wenn die Forderung nicht gegen ihn „erhoben" worden ist, sofern er überhaupt nur die Insolvenz des Nachlasses kannte.

**) Die apostrophirte Stelle ist jedenfalls ungenau gefaßt. Eigenthümer und andere binglich Berechtigte sind nicht „Gläubiger". Der „Anspruch" des Pfandgläubigers als solchen beschränkt sich auf das Recht, die Veräußerung des Pfandes zu verlangen (§. 461 b. G. B.); einen persönlichen Anspruch auf Zahlung hat er nicht. Vgl. hierüber Unger I. S. 530 flg. bes. Note 89.

***) Vgl. auch die de lege ferenda erwägenswerthen Bemerkungen Wessely's a. a. O. S. 54. 55.

die sich später meldenden Gläubiger benachtheiligt werden, schwindet vor der Erwägung, daß das Convocationsverfahren kein Concurs ist, und daß überhaupt der Tod des Schuldners an sich durchaus keine Veranlassung zur Einleitung eines ordentlichen oder außerordentlichen Concursverfahren abgeben kann. — Gegen das Recht des Erben, die Befriedigung der nicht exequirenden Gläubiger zu sistiren, läßt sich aus den oben angeführten Gründen und bei der Kürze der Edictalfrist Nichts einwenden *).

Sodann fehlt der Entwurf darin, daß er die Rechtsfolge der unterlassenen Convocation, beziehentlich der dolosen Befriedigung einzelner Gläubiger dahin angibt, daß der Vorbehaltserbe den nicht befriedigten Gläubigern soweit haftet, als sie bei einer verhältnißmäßigen Bezahlung befriedigt worden wären. Abgesehen nun davon, daß sofort der Zweifel entsteht, ob denn mit der „verhältnißmäßigen" Befriedigung die Vorzugsrechte einzelner Gläubiger z. B. des Staates für seine auch außer dem Concurs privilegirten Forderungen absolut negirt sein sollen, erachten wir es für ungerechtfertigt, wenn von der juristisch consequenten Bestimmung des §. 815 G. B. abgewichen wird: daß der Vorbehaltserbe den nicht befriedigten Gläubigern soweit zu haften habe, als sie befriedigt worden wären, wenn der Erbe correct (§. 2. C. O.) gehandelt d. i. den Concurs der insolventen Erbmasse angesagt hätte. Mit anderen Worten: der Vorbehaltserbe hat in jenen Fällen den Erbschaftscreditoren bis zu jenem Betrag zu haften, den sie im Falle der Eröffnung des Concurses erhalten haben würden **).

Ferner gedenkt der Entwurf einer Schwierigkeit nicht — nämlich der des Beweises der Anmeldung in dem Falle, als der Erbe dieselbe in Abrede stellt. Denn das Postrecepisse beweist doch nur daß überhaupt eine Schrift abgesendet wurde; Sache des Absenders ist es, zu beweisen, welchen Inhalt die letztere gehabt habe. Die Schwierigkeit dieses Beweises zu umgehen, ist ein doppelter Ausweg

*) Wir befürworten daher folgende Fassung des §. 18 alinea 3.: Bis zum Ablauf der Edictalfrist kann der Erbe mit der Befriedigung der Gläubiger innehalten, es sei denn, daß diesen ein Pfandrecht auf das Erbgut zusteht, oder daß dieselben ein Executionsrecht erwirkt haben.

**) Vgl. auch §. 454 I. 9. des preuß. L. R. Der §. 2332 des sächs. bürg. G. B. beruht wohl auf demselben Princip.

vorhanden. Entweder kann die Gesetzgebung den Gläubiger nach Vorgang des Art. 46 d. allg. Wechs. O. durch die Vermuthung unterstützen, daß der laut Postattest abgesendete Brief die Anmeldung enthalten habe, sofern nur auf der Adresse des Briefes und auf dem Aufgabsrecepisse der Inhalt des Schreibens angemerkt ist; oder es kann gestattet resp. vorgeschrieben werden, daß die Anmeldungen bei dem Erbschaftsgerichte zu überreichen und von diesem dem Erben zuzustellen seien. Welcher von diesen Wegen den Vorzug verdiene, ist lediglich Administrationsfrage.

Schließlich beantragen wir die wohl selbstverständliche Zusatzbestimmung: daß die nichtbefriedigten Gläubiger auch das Recht haben, die Legatare soweit zu belangen, als es zu ihrer Befriedigung nothwendig ist*).

---

§. 12.

Von dem Rechtsverhältnisse mehrerer Erben (Miterben) zu den Erbschaftsgläubigern.

Fällt die Erbschaft mehreren Erben zu, so sind diese nach Verhältniß des Antheils, zu welchem sie zur Erbschaft berufen sind, gemeinsam Herren des Erbvermögens, aber auch Schuldner der Erbschaftsgläubiger, wobei der Umstand, ob sie sich mit oder ohne Vorbehalt erbserklärt haben, an sich keinen Unterschied machen kann**). Diesen aus dem Wesen der Erbfolge fließenden Grundsatz erkennt das römische Recht und nach dessen Vorgange das preußische, französische, sächsische und österreichische Gesetzbuch an, das letztere allerdings mit der wesentlichen Modification, daß die bezüglichen Rechtsfolgen erst mit der Einantwortung der Erbschaft eintreten.

---

*) Dies fließt consequent aus der Bestimmung des §. 692 b. G. B. Vgl. auch §. 334 I. 12 des preuß. L. R. und §. 2332 des sächs. b. G. B., dazu Gruchot I. S. 192.

**) Vgl. Art. Code civ. und §. 2324 des sächs. b. G. B., Arndts §. 526, Unger, Erbr. §. 727. Die positivrechtlichen Modificationen dieses Satzes sollen später zur Sprache kommen.

Mit Rücksicht auf den Umstand, daß die Haftung der Vorbehaltserben eine beschränkte ist, ergibt sich nun die Frage, wie es zu halten sei, wenn von mehreren Erben der Eine mit, der Andere ohne Vorbehalt die Erbschaft antritt? Das Verhältniß ist sehr einfach: Der Vorbehaltserbe hat alle Rechte, welche das Gesetz an die Rechtswohlthat des Inventars knüpft, ohne daß dadurch die rechtliche Stellung des unbedingten Erben im Geringsten berührt würde *). Während nun das a. b. G. B. diesen Grundsatz nach der Einantwortung der Erbschaft folgerichtig anerkennt (vgl. §§. 550. 820. 821): fixirt es für den Zeitraum während der Abhandlung der Verlassenschaft bis zur Einantwortung die Haftung der Miterben in einer merkwürdigen, wahrhaft räthselhaften Weise. Es heißt nämlich im §. 550, daß dieselben vor der Einantwortung „Alle für Einen und Einer für Alle haften," und weiter im §. 807: „In allen Fällen, in welchen ein Inventarium errichtet werden muß, genießt auch derjenige, welcher eine unbedingte Erbserklärung abgegeben hat, so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben ist, die rechtliche Wohlthat des Inventars." — Diese Bestimmungen, welche besser ganz hinweggeblieben wären, können nach der bereits früher dargestellten Grundanschauung der österr. Gesetzgebung über die Bedeutung der Einantwortung nur den Sinn haben, daß bis zur Einantwortung nicht nur die bedingten, sondern auch die unbedingten Erben persönlich gar nicht für die Erbschaftsschulden haften, sondern insgesammt die einzig und allein haftende Erbmasse activ wie passiv vertreten. Dies ist eben nur eine Consequenz des früher nachgewiesenen Grundsatzes der österr. Gesetzgebung, daß das Erbvermögen seine selbstständige Existenz nicht blos bis zur Erbserklärung, sondern bis zur gerichtlichen Uebergabe an den Erben behält. Vgl. S. 93**).

---

*) Vgl. Mühlenbruch, 41 S. 398, Holzschuher II. S. 816, Gruchot, I. S. 150. Es versteht sich, daß das Inventar des Beneficiarerben auf den ganzen Nachlaß gerichtet sein muß. Sonderbarer Weise bestimmt der §. 265 des hessischen Entwurfes eines b. G. B., daß, wenn auch nur über Ansuchen Eines Miterben ein Inventar errichtet wird, die Rechtswohlthat allen Miterben zu Statten kommt, weil es, wie die Motive sagen, in solchen Fällen an keiner Vorkehrung fehlt, welche die Gläubiger und Vermächtnißnehmer zu ihrer Sicherheit verlangen können. Daß diese Schlußfolgerung nicht zutrifft, liegt auf der Hand. Beneficia non obtruduntur.

**) Nicht zu läugnen ist jedoch, daß die Fassung der §§. 550 und 807 doch

Während so die Stellung der erbserklärten Erben vor der Einantwortung in ziemlich unklarer Weise bezeichnet erscheint, ist hingegen das Verhältniß derselben zu den Erbschaftsgläubigern nach der Einantwortung ganz bestimmt, wenngleich nicht consequent geregelt. Nach der Natur der Sache repräsentirt jeder Theilerbe den Erblasser nur nach Verhältniß seines Antheils; nur zu diesem tritt er in seine Rechte und in seine Verbindlichkeiten ein. Die Theilung der Forderungen wie der Schulden des Erblassers ist also die unabweisliche

---

immer befremdend bleibt. Keinesfalls sind die Worte des §. 550: „stehen Alle für Einen und Einer für Alle" im Sinne des §. 891 auf die correale persönliche Haftung der Miterben, sondern lediglich auf die Gesammtvertretung des Nachlasses zu beziehen. Siehe §§. 361. 828. a. b. G. B. und §. 323 des westgal. G. B. Vgl. auch Unger, Verlaßabh. S. 152. 153. Note 8. Erbr. §. 42 Note 1. und 7. Statt diesen Sachverhalt einfach zu constatiren und die Schwierigkeit einer befriedigenden Lösung zu gestehen, bemühen sich unsere Commentatoren die Fassung der cit. Paragraphe so gut als möglich zu erklären und sogar zu begründen, was ihnen eben nicht gelingen kann. Man vgl. z. B. Zeiller II. S. 410, der daselbst die Erbserklärung mit der Einantwortung verwechselt, und ebend. II. S. 845. 4): „Der unbedingte Erbe genießt bis zur Einantwortung die Rechtswohlthat des Inventars, theils weil der gewöhnliche Beweggrund der unbedingten Erbserklärung, mithin der stillschweigende Vorbehalt, daß keine Inventur errichtet werde, wegfällt (?), theils weil die Hauptursache der eigenen Haftung des Erben (§. 801) aufhört." Diese Erklärung ist allerdings noch wunderlicher, als die Fassung des Gesetzes selbst. Nach dem ersten „Grunde" müßte der unbedingte Erbe auch nach der Einantwortung die Rechtswohlthat des Inventars genießen. Der zweite „Grund" ist ganz unverständlich, — denn die Errichtung des Inventars schützt doch nicht vor der Unzulänglichkeit des Nachlasses? So der Redactor des Gesetzbuches. Was Nippel V. S. 195. 196., Winiwarter III. S. 426. 445. und Stubenrauch I. S. 743 und 1064 sagen, macht uns nicht klüger. So begründet Winiwarter S. 426 Note den §. 807 damit, daß es wegen der Solidarhaftung (§. 550) „nicht anginge, daß der eine im größeren Umfange als der andere hafte", während er doch S. 424 ausdrücklich bemerkt, daß die Erbschaftsgläubiger nur aus dem Nachlasse befriedigt werden. — Es wird eben der §. 807 aus dem §. 550 und umgekehrt dieser aus jenem erklärt! Doch wird im Allgemeinen anerkannt, daß die Erben vor der Einantwortung nicht persönlich haften und in demselben Sinne interpretirt auch die Praxis allgemein die gedachten Paragraphe. Es wird immer nur die „Verlassenschaft unter Vertretung der erbserklärten Erben" geklagt. Vgl. auch die Entsch. bei Unger—Glaser S. N. 319 und 807. und Stubenrauch I. (2. Auflage) S. 1089 Note 1. Ganz vereinzelnt blieb die Ansicht Fischer's Hdb. d. bil. Einw. §. 95, der den §. 550 wörtlich nimmt.

Consequenz des Eintrittes mehrerer Erben in die Erbschaft. Hieraus ergibt sich, daß nach juristisch consequenter Anschauung die Miterben den Erbschaftsgläubigern nur verhältnißmäßig (pro parte) haften, es sei denn, daß die Untheilbarkeit der Leistung auch die Theilung der Forderung ausschlöße und somit von Rechtswegen die Solidarität der Haftung mit sich brächte (§§. 888—891 b. G. B.) *). Fast überflüssig könnte die Bemerkung scheinen, daß es hierbei an sich keinen Unterschied machen kann, ob die Erben die Erbschaft unbedingt oder mit Vorbehalt angetreten haben, da die Rechtswohlthat des Inventars lediglich die Folge hat, daß die Haftung des Vorbehaltserben für die (ungetheilte) Erbschaftsschuld und wenn der Vorbehaltserben mehrere sind, eines Jeden derselben für den auf ihn entfallenden Antheil derselben auf die Mittel (den Umfang) der Erbschaft, beziehungsweise des auf ihn entfallenden Theiles der Letzteren beschränkt ist **). Zugleich ergibt sich ferner, daß das

---

*) Vgl. über die Theilung der Leistung Savigny, Oblig. R. I. §. 32, Brinz P. §. 139, Windscheid, Pand. II. §§. 253 und 292: „Je nachdem die Leistung theilbar oder untheilbar ist, ist es auch das auf die Leistuug gerichtete Forderungsrecht". Geldschulden sind immer theilbar. Der Erbgang ist übrigens der einzige Fall, der die Theilung einer bereits vorhandenen Obligation ipso jure bewirkt.

**) So lange die Gemeinschaft unter den Vorbehaltserben fortdauert, tritt eine Verschlechterung der Lage der Nachlaßgläubiger in Folge der Theilung der Nachlaßschulden nicht nothwendig ein, da dieselben noch immer auf den ungetheilten Nachlaß die Execution führen können. Leichter kann sich aber eine Benachtheiligung derselben in Folge der wirklich vollzogenen Erbtheilung ergeben. Denn sofern der Vorbehaltserbe nur pro et cum viribus hered. haftet und auf das Maß des wirklich Empfangenen Nichts ankommt, so kann es sich immerhin ereignen, daß das, was der Vorbehaltserbe bei der Erbtheilung erhielt, zur Deckung der auf ihn entfallenden Theilschuld nicht hinreicht. Man denke an folgenden Fall. Der Nachlaß, welcher den Vorbehaltserben A und B zu gleichen Theilen zufällt, besteht aus einem Haus im Werthe von 5000 und Actien pr. 5000 fl. Bei der Erbtheilung nimmt der eine Erbe das Haus, der andere die al pari stehenden Actien. Von der Nachlaßschuld pr. 7000 fl. hat also jeder der beiden Vorbehaltserben 3500 fl. zu tragen. Angenommen, daß später der Cours der Actien um 50% fällt, so erleidet der Gläubiger eine Einbuße von 1000 fl., die er offenbar ohne die Theilung nicht verloren hätte. Nach österr. Rechte, nach welchem auch der Vorbehaltserbe bis zum Schätzungswerthe der Erbschaft (zur Zeit des Todes des Erblassers) mit seinem ganzen Vermögen haftet, kann dieser Fall allerdings nicht eintreten.

Verhältniß der Haftung der Miterben nach Außen in der Regel mit dem Maße der Beitragspflicht derselben unter sich in Betreff des Ersatzes der von Einem Miterben bestrittenen Nachlaßschulden zusammenfällt *).

Diese Grundsätze bringt das römische Recht (L. 2. §. 5. L. 25. §. 1. L. 17. L. 25. §. 10. D. 10. 2.) zur Geltung, welchem das französische Recht (Art. 873) und das sächsische bürg. G. B. (§§. 2324. 2325) folgen **). Das Letztere enthält noch die übrigens folgerichtige Ergänzungsbestimmung, daß Miterben, welche die Erbschaft in Folge Erbvergleiches erworben haben, für die Erbschaftsschulden nach Verhältniß ihrer durch den Vergleich festgestellten Erbtheile haften (§. 2325).

Dagegen hat die preußische und österreichische Gesetzgebung jede einen anderen Weg eingeschlagen. Nach dem preußischen Landrecht, dessen Vorschriften I. 17. §§. 127—158 an Klarheit und Consequenz sehr viel zu wünschen übrig lassen, ist nicht nur zwischen Vorbehalts- und unbedingten Erben zu unterscheiden, sondern auch darauf zu sehen, ob eine Erbtheilung stattgefunden hat oder nicht. I. Vorbehaltserben können vor der Erbtheilung nur „gemeinschaflich“ vor dem Erbschaftsforum von den Nachlaßgläubigern belangt werden. Die Verurtheilung und Executionsführung ist selbstverständlich auf die Mittel des Nachlasses beschränkt. Separatklagen gegen den einzelnen Miterben sind ausgeschlossen ***). Aber auch unbedingte Erben können

---

*) Vgl. hierüber L. 2 §. 5. L. 3. D. 10. 2., §. 2347 sächs. G. B., Arndts §. 527. — Nach franz. Rechte besteht hier die Modification, daß der Erbe seinen Miterben nur in dem Maße haftet, als er aus dem Nachlasse wirklich etwas erhält. Vgl. Art. 870 (dans la proportion de ce quil prend dans la succession) im Gegensatz zu Art. 873 (personellement pour sa part et portion) dazu Zachariä, IV. §. 636. Note 2 und §. 637, Frey III. §. 724. Dieser Gegensatz ist bei dem Unterschiede zwischen Erben und Erbnehmern sehr wichtig. Ist also z. B. A Universalerbe und hat B die Hälfte des Nachlasses als Legat erworben, so hat jeder zur Hälfte zur Tilgung der Schulden beizutragen, obgleich nach Außen nur A haftet. Vgl. über diese sehr bestrittene Frage Zachariä, §. 636. Note 7.

**) Vgl. Arndts, §. 526, Brinz, §. 166—168, Unger Verlaßabh. S. 160; Frey, III. §. 723, Zachariä, §§. 617 und 620, Siebenhaar III. S. 318.

***) In diesem Sinne wird der nicht glücklich gefaßte §. 127 I. 17. von den Gerichten (Plen. Beschl. d. Ob. Tr. v. 1. Mai 1837) und der Mehrzahl der Schriftsteller interpretirt. Vgl. Bornemann VI. §§. 457 und 459, bes. S. 519 —521, Temme II. §. 329.

vor der Theilung nur „gemeinschaftlich" vor dem Erbschaftsforum geklagt werden, allerdings mit dem wichtigen Unterschiede, daß die Beschränkung der Haftung auf den Umfang und die Mittel der Erbschaft bei ihnen nicht Statt hat. „Das Gesetz scheint hier von der Ansicht auszugehen, daß vor erfolgter Theilung auch bei einer Erbschaftsantretung ohne Vorbehalt kein Grund vorhanden sei, den Gläubiger besser zu stellen, als er vor dem Tode des Erblassers stand" *). — II. Nach erfolgter Theilung haben die Gläubiger die Wahl, ob sie sich an die Erben insgesammt (vor dem Erbschaftsforum) oder an jeden derselben nach Verhältniß seines Erbtheils oder einen unter ihnen für das Ganze (vor der Personalinstanz) halten wollen. §§. 131. 132. I. 17. Hiebei wird kein Unterschied gemacht zwischen unbeschränkten und Vorbehaltserben; doch versteht sich, daß diese Letzteren nicht über den Umfang des auf sie entfallenden Erbschaftstheiles haften, während bei Jenen auf die Zulänglichkeit des Erbtheiles Nichts ankommt (§§. 134—135 I. 17). — Dagegen gibt das preußische Recht sowohl den unbeschränkt als den beschränkt haftenden Erben ein Mittel an die Hand, dem Gläubiger das erwähnte Wahlrecht zu benehmen. Dies geschieht in der (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Bekanntmachung der bevorstehenden oder vorgenommenen Theilung an die Erbschaftsgläubiger **). Hinsichtlich der unbekannten Gläubiger, genügt die Kundmachung durch öffentliche Blätter. Nach Ablauf der gesetzlichen Frist (von drei, bez. sechs Monaten) können die Miterben nur einzeln vor ihrem Personalgerichte und nur nach Verhältniß ihres Erbtheiles belangt werden. (§§. 137. 141 bis 146 I. 17). Unter Voraussetzung der Kundgebung der Erbthei-

---

*) Vgl. Temme II. S. 276. 277. Die Ansicht Bornemann's a. O. S. 521, daß jeder unbedingte Erbe vor der Theilung nach Verhältniß seines Erbtheils persönlich in Anspruch genommen werden könne, widerspricht der allgemeinen Fassung des §. 127 I. 17. Dagegen ist auch die Ansicht Temme's S. 277, daß der Gläubiger die solidarische Verurtheilung der unbeschränkten Erben durch das Erbschaftsgericht verlangen könne, u. E. irrig. Seine Argumentation beruht auf einer Verwechslung der quantitativen und quotativen Haftung. Aus der vorbehaltslosen Antretung folgt nicht, daß der Theilerbe die ganze Schuld, sondern nur, daß er den auf ihn entfallenden Antheil derselben aus seinem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses zahlen müsse. So scheint dies auch das vorhin citirte Präj. des Ob. Trib. aufzufassen.

**) Vgl. darüber Bornemann, a. a. O. S. 524. 525.

lung haftet sohin selbst der unbeschränkte Miterbe nur zu dem Antheile, zu dem er berufen ist*). — Unter sich haben die Miterben stets nach Verhältniß ihrer Erbtheile zur Tilgung der Schulden beizutragen (§§. 147—150 I. 17).

Fragen wir nach dem Grunde dieser so tiefgreifenden Abweichung des preuß. Rechtes, dessen Vorgang für das österr. Recht nicht ohne Einfluß blieb, von den Grundsätzen des römischen Rechtes: so geben uns die Motive folgenden Aufschluß **).

Schon die ersten Entwürfe verwarfen den römischen Grundsatz, daß Forderungen und Schulden durch Erbgang von Rechtswegen getheilt werden. Suarez, der anfänglich für die Beibehaltung des römischen Rechtes stimmte, vertheidigte später die gegentheiligen Bestimmungen des Entwurfs in folgender Weise: „Einmal habe der Creditor das Recht, seine ganze Forderung nur von Einer Person und auf Einem Brette zu fordern; er war berechtigt, sich auf das Ganze an den Nachlaß, welcher die Person seines Schuldners repräsentirt, zu halten. Wie könnte ihm dieses Recht durch die von den Erben hinter seinem Rücken vorgenommene Theilung entzogen werden und mit welchem Grunde könnte er genöthigt werden, für einen einzigen drei, vier und mehr debitores partiales anzunehmen und jeden in seinem besonderen Foro auf dergleichen zerstückelte Partialzahlungen zu verfolgen? .... Der Erbe, welcher mehr bezahlt hat, als nach Verhältniß seiner rat ahereditaria auf ihn kam, kann sich an seinen Miterben regressiren; er wird dazu in den meisten Fällen geschwinder und leichter gelangen können, als der Creditor .... Ueberdies eröffnet ja das Gesetz dem Erben einen leichten Weg, sich durch Bekanntmachung der .... Erbtheilung außer aller Verlegenheit zu setzen." So der immer schlagfertige Hauptredactor des Landrechts.

Indeß ist es nicht schwer, das Hinfällige dieser Argumentation darzuthun. Zunächst ist hervorzuheben, daß der römischrechtliche Grundsatz der Theilung theilbarer Forderungen und Schulden durch Erbgang eine unabweisbare Consequenz der Thatsache ist, daß an die Stelle Eines Vermögenssubjectes Mehrere treten. Die mit diesem Umstande zusammenhängenden Folgen mögen dem Gläubiger unbequem

*) Vgl. Bornemann VI. S. 521—526, Temme II. S. 279.
**) Vgl. Bornemann, VI. S. 507—512.

sein, sie mögen vielleicht der Gesetzgebung den Anlaß bieten, die Frage der möglichen Abwehr dieser Folgen in Erwägung zu ziehen. Allein nie darf außer Acht gelassen werden, daß jene Nachtheile hier wie in anderen Fällen lediglich die Consequenzen eingetretener Zufälle sind, und daß die Aufgabe der Gesetzgebung nur die sein kann, die etwa aus Billigkeit gewährte Abhilfe mit der Logik des Rechtes in Einklang zu bringen. Von einem „Rechte des Erbschaftsgläubigers sich auf das Ganze an den Nachlaß (?) zu halten" *), von einer „Entziehung dieses Rechtes hinter dem Rücken desselben," von einer „Nöthigung" desselben, nunmehr mehrere Schuldner anzunehmen, kann also keine Rede sein. Aber auch davon abgesehen, vermissen wir die Begründung dafür: daß durch die Erbtheilung und die an sie geknüpfte solidarische Haftung der Miterben die Lage der Gläubiger so eminent verbessert, die der Erben in eben dem Maße verschlechtert wird. Gerechtfertigt wäre durch jene Erwägung höchstens die Möglichkeit der gemeinsamen Belangung der Erben vor dem Erbschaftsgerichte. Endlich ist es geradezu überraschend, daß — wenn überhaupt ausreichende Gründe für die Solidarhaft der Miterben vorliegen, — das „einfache Mittel der Bekanntmachung der Theilung" an die Gläubiger für genügend erachtet wird, die Solidarhaft wieder auszuschließen, wobei wohl zu bemerken ist, daß den Gläubigern gegen die Vornahme der Theilung keinerlei Rechtsmittel zusteht, daher die Bekanntmachung blos die Bedeutung einer einfachen „Anzeige" hat. Wie nun an die Unterlassung einer bloßen Anzeige so wichtige Rechtswirkungen geknüpft werden können, mag uns nicht einleuchten**). Consequent wäre nur die Statuirung der Rechtsfolge, daß die Erben im

---

*) Man bemerke, daß die etwa supponirte juristische Persönlichkeit des Nachlasses nach preuß. Rechte nicht existirt, da die Erbschaft den Erben ipso jure anfällt. Vgl. hierüber Koch, Erbr. S. 13. 14.

**) Es heißt wohl im §. 141 I. 17., daß die verhältnißmäßige Haftung dann eintritt, wenn sich der Gläubiger binnen 3 (6) Monaten nach der Bekanntmachung nicht „gemeldet" hat. Allein daß der Gläubiger außer im Falle der gestio in fraudem creditorum die Aufhebung der Theilung verlangen könne, ist nicht zu ersehen, sowie anderseits die actio Pauliana gewiß nicht ausgeschlossen ist, wenn sich der Gläubiger auch nicht in der angegebenen Frist gemeldet hat. Nur die Wirkung kann der rechtzeitigen Meldung eingeräumt werden, daß der Erbschaftsgläubiger die Erben vor dem Erbschaftsgerichte geradeso belangen kann, als ob die Theilung nicht geschehen wäre.

Falle der unterlassenen Bekanntmachung trotz der Theilung auf Zahlung der Erbschaftsschulden gemeinschaftlich vor dem Erbschaftsgerichte gerade so belangt werden können, als ob die Theilung nicht erfolgt wäre.

In der That liegt die letzte Ursache jener Sonderbestimmungen des Landrechts tiefer, sie liegt in der verkehrten, von den Redaktoren nicht ganz überwundenen Auffassung des Satzes: hereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno. In dem amtlichen Schlußberichte von Suarez wird nämlich bemerkt, „daß jeder Erbe streng genommen für alle Schulden des Nachlasses in solidum haften müsse, da aus jenem Satze die Pflicht der Erben folge, vor der Theilung für die Berichtigung aller von der massa dividunda abzuziehenden Schulden zu sorgen"*). Um indessen von der bisherigen (römischen) Theorie nicht zu sehr abzuweichen, wurde von den Redactoren der oben dargestellte „Mittelweg" eingeschlagen. — Daß jedoch nicht nur der Ausgangspunkt der Redactoren juristisch falsch, sondern auch der eingeschlagene Mittelweg ein Abweg sei, bedarf nach den obigen Ausführungen keines weiteren Beweises!**) Nur eine Bemerkung sei uns noch gestattet. Es ist allerdings richtig, daß die Erbschaftsgläubiger — abgesehen von den secundären processualen Nachtheilen der Theilung — nach der römischrechtlichen Auffassung der Rechtsfolgen des benef. inventarii durch die Erbtheilung der Vorbehaltserben zu Schaden kommen können, wie früher in der Note ** S. 127 gezeigt wurde. Allein will man sie vor der daraus möglicher Weise entspringenden

---

*) Eine Ansicht, die auch noch Bornemann VI. S. 521 theilt.

**) Ueber das Unheil, welches die falsche Auffassung des Satzes: hereditas non est nisi deducto aere alieno im österr. Rechte gestiftet, vgl. §. 8 und Unger, Erbr. S. 161. 174, Verlaßabh. S. 146—156. „Während dem Erben in der That der ganze Nachlaß gebührt, wovon er nur den nach Abzug der Schulden sich ergebenden Ueberschuß behalten kann, soll ihm nach jener verkehrten, auch noch im heutigen Recht fortwirkenden ... Auffassung nur der reine Nachlaß gebühren, so daß er nur den positiven Ueberschuß erhalten soll." Es scheint, daß zu der hier getadelten Auslegung nicht wenig die Auffassung des deutschen Rechtes beigetragen hat, daß die Schulden des Erblassers das Erbgut von selbst mindern, gleichsam auf dem Nachlaß haften (s. bes. Gerber, §. 248. Note 1, Beseler P. R. §. 149) — eine Auslegung, die allerdings mit der Anerkennung des Princips der römischen Universalsuccession hätte schwinden sollen.

Benachtheiligung schützen, so muß man ihnen ein Rechtsmittel an die Hand geben, die Theilung in ihrem Interesse zu beeinflußen, beziehentlich die zu ihrem Nachtheil vorgenommene Theilung wieder aufzuheben *). Alsdann — aber auch nur alsdann ließe sich auch begreifen, wenn allenfalls unter Ausschluß der Rescissionsklage an die unterlassene Beiziehung der Gläubiger zur Erbtheilung die Rechtsfolge der Solidarhaftung der Erben geknüpft würde, um die aus der nachträglichen Aufhebung der Theilung hervorgehenden Mißstände hintanzuhalten. — Indeß möchten wir die Statuirung dieser Rechtsfolge im Interesse der Nachlaßgläubiger nicht befürworten. Sofern nämlich die Theilung zur absichtlichen Verkürzung derselben (in fraudem creditorum) vorgenommen worden ist, reichen die Bestimmungen der actio Pauliana vollkommen aus (Vgl. §. 15) **). Sofern jedoch die Benachtheiligung nur eine zufällige Folge der redlicher Weise vollzogenen Erbtheilung ist, müssen sich eben auch die Erbschaftsgläubiger den Folgen des Zufalles fügen. Den Letzteren mit Rücksicht auf dergleichen Eventualitäten eine Entscheidung auf die Erbtheilung einzuräumen, wäre hiernach ganz ungerechtfertigt, — ganz abgesehen davon, daß alsdann consequenter Weise auch den Gläubigern des Erben ein ähnlicher Einfluß auf die Vornahme der Erbtheilung nicht versagt werden könnte, was zur Folge hätte, daß die Auseinandersetzung der Erben zu einem der schwierigsten und complicirtesten Rechtsacte werden würde ***). — Ganz principlos ist

---

*) Ein solches Rechtsmittel gewährt das franz. Recht (Art. 882 Code c.) den Gläubigern des Erben. Diese können Einspruch dagegen erheben, daß die Erbtheilung nicht ohne ihre Intervention vollzogen werde. Haben sie Einspruch erhoben, so können sie die ohne ihre Zuziehung vorgenommene Theilung, soweit sie ihnen zum Nachtheile gereicht, anfechten. Vgl. Frey III. §. 712. a. E. Marcadé und Mourlon I. S. 295. — Ob dieses Rechtsmittel auch den Gläubigern des Erblassers zustehe, ist zweifelhaft. Doch möchten wir die Frage bejahen. Dies scheint auch die Ansicht Zachariä's IV. S. 129. Note 24 zu sein, welcher dasselbe auch „anderen dritten Personen, welche in dieser Beziehung ein rechtliches Interesse haben", einräumt.

**) Auch der Code civ. Art. 882 scheint nur die fraudulose Erbtheilung vor Augen zu haben. Denn dieser gibt den Gläubigern des Erben einen Einspruch nur pour éviter, que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits. Vgl. auch Zachariä, a. O. S. 129. — A. A. ist wohl Marcadé a. a. O.

***) Nach österr. Recht ist noch weniger ein Bedürfniß dafür vorhanden, da

aber die oben geschilderte Bestimmung des preuß. L. R., welches den Nachlaßgläubigern einerseits eine Beeinflußung der Erbtheilung nicht einräumt und anderseits mit der unterlassenen Anzeige derselben die Wirkung der Solidarhaftung der Theilerben verbindet.

Nicht ohne Einfluß scheint in diesem Punkte das preuß. L. R. auf die Entwicklung der österr. Gesetzgebung gewesen zu sein. Der Entwurf des a. b. G. B. (westgal. G. B.) hatte nämlich im §. 324 II. bestimmt: „Mehrere Personen, denen das Erbrecht eigen ist, werden in Ansehung dieses gemeinschaftlichen Rechtes für eine Person angesehen; sie stehen in dieser Eigenschaft vor erfolgter Abtheilung Alle für Einen und Einer für Alle.“ Aus des Stellung dieses Paragraphs in dem ersten Hauptstücke „Vom Erbrechte“ geht hervor, daß in demselben vorausgesetzt wird, daß die Erbschaft den Erben noch nicht eingeantwortet worden sei, wie denn damals noch die Ansicht herrschte, daß die Erbtheilung durch das Gericht noch vor der Einantwortung vorgenommen werden solle. Hierin bestärkt uns die Erwägung, daß an die Stelle des §. 324 cit. der §. 550 a. b. G. B. getreten ist. Bei der Berathung des Entwurfs proponirte Zeiller in der Sitzung v. 27. Juli 1807, im §. 324 cit. die Worte „vor erfolgter Theilung“ hinwegzulassen und die Solidarhaftung auch nach der Theilung fortdauern zu lassen; „denn durch die unter den Erben beliebte Theilung könnten die Rechte der Gläubiger geschmälert werden, besonders da man die Theilung nicht öffentlich bekannt mache und nach dem bei uns angenommenen System die Gläubiger unter Androhung einer gänzlichen Präclusion nicht vorgefordert werden können“ *). Wie das Protocoll bemerkt, hatte man gegen diesen Antrag augenblicklich nur das Bedenken, daß es für die Miterben sehr hart sei, selbst nach geschehener Theilung solidarisch zu haften **). In der Sitzung vom 10. August 1807 bemerkte Zeiller gegen jenes Bedenken, es sei ebenso hart, daß die

---

der Vorbehaltserbe bis zum Werthe des Erbtheils auch mit seinem eigenen Vermögen haftet.

*) Wir referiren den Inhalt der Protokolle nach der Darstellung Unger's Verlaßabh. S. 160 Note 14.

**) Man gab sich hier augenscheinlich der theoretischen Selbsttäuschung hin, daß die Erben vor der Einantwortung der Erbschaft persönlich haften. Vgl. auch §. 820 a. b. G. B.

Gläubiger durch die Theilung, wovon sie keine Kenntniß haben, an ihren Rechten verkürzt werden sollen. Um beiden Theilen gerecht zu werden, schlug Zeiller eine Fassung vor, wie sie den §§. 550 und 820 des a. b. G. B. entspricht, denen zu Folge unbedingte Erben nach der Einantwortung solidarisch haften. In Ansehung der Vorbehaltserben wurde dagegen beschlossen, daß sich dieselben von der (solidarischen) Haftung befreien können, wenn sie von dem Gerichte bewirken, daß die Gläubiger durch öffentliche Edicte in den Zeitungsblättern einberufen und von der bevorstehenden Theilung benachrichtigt werden. Einem Gläubiger, der sich binnen der vom Gerichte nach Umständen jedoch mindestens auf 3 Monate festgesetzten Frist nicht gemeldet habe, solle nach erfolgter Uebergabe der Erbschaft jeder einzelne Erbe nur für seinen Antheil haften. — Hiernach scheint es, daß man den sich meldenden Gläubigern einen Einfluß auf die Theilung der Erbschaft gestatten wollte, was auch aus der Motivirung dieses Beschlusses von Seiten der Commission hervorgeht: daß durch diesen Vorgang „die Rechte der Gläubiger genugsam salvirt werden." Welcher Art dieser Einfluß sein und von welchen Bedingungen er abhängen sollte, ist freilich nicht ersichtlich. — In der Sitzung vom 14. September 1807 wurde indeß die gegenwärtige Fassung des §. 821 beschlossen, welcher zu Folge Vorbehaltserben ohne irgend welche Edictalcitation der Gläubiger nach der Einantwortung stets nur nach Verhältniß ihres Antheiles haften. Aus dem Protokolle ist nicht zu entnehmen, auf welche Erwägungen hin diese Aenderung beliebt worden ist.

So ist denn der heutige Stand der Gesetzgebung (§§. 550. 820. 821) folgender: Vor der Einantwortung haften die Erben gar nicht persönlich; nach der Einantwortung haften Vorbehaltserben nur nach Verhältniß ihres Erbtheiles, unbedingte Erben aber solidarisch*). Fragen wir nach dem Grunde der strengeren (solidarischen) Haftung der unbedingten Erben, so geben uns die Protokolle gar keine**), der Kommentar des Hauptredaktors eine unrichtige Auskunft. Zeiller II. 866. 2 sagt nämlich: „Sobald eine mit Vorbehalt angetretene

*) Man vergegenwärtige sich, daß die Rechtswirkungen, welche das römische Recht mit dem Antritte der Erbschaft verbindet, nach österr. Recht erst mit der Einantwortung derselben eintreten.

**) Vgl. Unger, a. a. O.

Erbschaft den gemeinschaftlichen Erben eingeantwortet worden, ist auch gerichtlich erhoben, wie viel jeder Miterbe zu seinem Antheile erhalten habe (§. 819). Von dieser Zeit haftet also jeder für die Lasten nur nach Maß seines erhaltenen Antheiles (§. 839)". — Allein wird denn nicht auch bei unbedingt erbserklärten Erben durch die Einantwortung sichergestellt, zu welchem Antheile der Miterbe an der Erbschaft participirt*)? Doch ist bei dieser Motivirung noch ein anderer Irrthum mit unterlaufen. Zeiller bemerkt nämlich II. S. 864: „Haben Miterben die Erbschaft unbedingt angetreten, so weiß man mit jener Zuverläßigkeit, die das Gesetz fordert (§. 801) nicht, wie viel jeder Miterbe und ob nicht jeder aus ihnen soviel erhalten habe, als zur Befriedigung aller Gläubiger und Legatare hinreicht. Darum haften ihnen alle einzelnen Miterben Einer für Alle und Alle für Einen." — Als ob der Umstand, daß selbst jeder der Miterben quantitativ soviel erhält, als zur Befriedigung aller Erbschaftsgläubiger nothwendig ist, einen verständigen Grund für die Solidarität der Haftung abgeben könnte! Und haften denn Vorbehaltserben solidarisch, wenn durch das Inventar erwiesen ist, daß Jeder soviel empfangen hat, als zur Deckung aller Schulden hinreicht? Gewiß nicht! Darauf, wie viel (in quanto) jeder Miterbe aus der Verlassenschaft erhalten habe, kommt überhaupt bei der unbedingten Erbserklärung gar Nichts an. Die unbedingten Erben haften für die völlige Bezahlung aller Erbschaftsschulden, auch wenn sie gar Nichts aus dem Nachlaß erhalten hätten, — ob aber pro parte hereditaria oder in solidum, ist offenbar eine Frage, die mit der bedingten oder unbedingten Erbserklärung in gar keinem Zusammenhange steht. Denn auch die Rechtswohlthat des Inventars hat lediglich die Rechtswirkung, daß die Vorbehaltserben nicht über den Umfang (Werth) des Empfangenen haften; der Frage, ob pro rata oder in solidum — wird damit durch Nichts präjudicirt. „Es ist kein Widerspruch, wenn die Vorbehaltserben

---

*) Der §. 174 des Ges. v. 1854 schreibt im Einklange mit dem älteren Rechte ausdrücklich vor, daß in der Einantwortungsurkunde „die Art der Erbserklärung und wenn mehrere Erben eintreten, das Verhältniß, nach welchem sie an der Erbschaft Theil nehmen, ... ausgedrückt sein muß."

zwar nur pro viribus hereditatis aber dennoch in solidum oder umgekehrt die Erben ohne Vorbehalt zwar ultra vires hereditatis aber doch nur pro parte haften" *). Die ganze sonderbarer Weise von unseren Commentatoren unbeanständete, ja zum Theil gebilligte Argumentation Zeiller's ist überhaupt nur dann verständlich, wenn man sich vor Augen hält, was aus der Fassung derselben deutlich genug hervorgeht, daß darin bewußt oder unbewußt die Begriffe: Umfang der Haftung und Art der Haftung, mit a. W. aliquanter Nachlaßtheil und quotativer Erbtheil verwechselt werden. Die verschiedene Normirung der Haftungsart der beschränkten und unbeschränkten Erben, welche eines inneren Grundes entbehrt, beruht also aller Wahrscheinlichkeit nach auf einem kaum entschuldbaren Irrthum der Redaktoren.

---

*) So mit Recht Unger Verlaßabh. S. 159 und Erbr. §. 43. Note 7. „Die Errichtung des Inventars kann nur auf den Betrag und Umfang der Haftpflicht im Ganzen, nicht auf die Theilung der Haftung für die einzelnen Erbschaftsschulden Einfluß haben." — Der Kritik entzieht sich die von Widersprüchen und Unschlüssigkeiten strotzende Erklärung Helms, a. a. O. S. 243—245 und noch mehr die Art, wie H. S. 243. die unwiderlegbare Schlußfolgerung Unger's apostrophirt. Wir lassen H. reden: „Nach erfolgter Einantwortung entscheidet ... die Erbserklärung über den Umfang der Verpflichtung der Erben insgesammt sowohl als der einzelnen Miterben für sich und unter sich (?). Bei der bedingten Erbserklärung hört die frühere Solidarhaftung aller Erben (?), eigentlich (?) der ganzen Nachlaßmasse als solcher auf..." Die unbedingte Erbserklärung „enthält die Erklärung der Erben daß sie die frühere unbeschränkte und ungetheilte Haftung des Nachlasses für alle Nachlaßschulden und ebenso ihre (?) solidarische Haftung, wie sie vor der Einantwortung jederzeit besteht, auch weiterhin fortbestehen lassen wollen"... — Unter sich haften unseres Wissens die Miterben doch immer nur nach Verhältniß ihrer Erbtheile (§. 820). — Vor der Einantwortung haften doch die Erben nie persönlich, daher auch nicht solidarisch (vgl. Helm selbst: „eigentlich der ganzen Nachlaßmasse ...") Haftet aber „eigentlich die ganze Nachlaßmasse als solche", dann ist nicht begreiflich, wie diese als solche solidarisch haften soll, da die Solidarität doch mindestens zwei Subjekte voraussetzt. Dann ist auch nicht begreiflich, wie so die unbedingten Erben „ihre solidarische Haftung" — die eben nicht besteht — „auch weiter fortbestehen lassen wollen." — Vgl. auch Stubenrauch I. S. 1089 Note 1, der zwar auch in der herkömmlichen Weise bemerkt, daß die Erben solidarisch haften, aber sofort hinzusetzt: „Eigentlich haften sie, wie Unger ganz richtig bemerkt, vor der Einantwortung noch gar nicht als persönliche Schuldner, sondern erscheinen nur als Vertreter des Nachlasses."

Betrachten wir nun die Bestimmungen des Entwurfes. Nach §. 20 sind die Miterben in Ansehung der ihnen zustehenden Forderungen sowie der ihnen obliegenden Verbindlichkeiten bis zur Erbtheilung gemeinschaftlich berechtigt und gemeinschaftlich verpflichtet. Wenn die Erbtheilung binnen drei Monaten nach dem Eintreffen (?) des Erbfalles stattfand, so haften die Miterben bis zum Ablaufe dieses Zeitraumes Einer für Alle und Alle für Einen*). „Von einem unbeschränkt haftenden Miterben kann die Erfüllung der dem Erben als solchen obliegenden Verbindlichkeiten in deren vollem Umfange auch (?) nach der Erbtheilung oder beziehungsweise**) nach Ablauf des im §. 20 bezeichneten Zeitraumes verlangt werden, ein beschränkt haftender Erbe ist dagegen nur mehr nach dem Verhältnisse seines Erbtheiles in Anspruch zu nehmen. (§. 21). Durch die Bestimmungen der §§. 20 und 21 wird die Geltendmachung der auf einzelnen Gegenständen der Erbschaft haftenden dinglichen Rechte nicht berührt." (§. 22.)

Verstehen wir die durchaus nicht klaren und schlüßigen Bestimmungen der §§. 20 und 21 Entw. recht, so wäre die Haftungsweise der Erben nach Außen folgender Maßen geregelt.

a) Vor der Theilung haften Erben mit und ohne Vorbehalt nur nach Verhältniß ihres Antheils (§. 20 „gemeinschaftlich", dazu §§. 825. 888. 889. a. b. G. B.)

b) Nach Ablauf einer dreimonatlichen Frist vom Erbanfall an gerechnet, haften die Vorbehaltserben nach Verhältniß ihres Antheils, dagegen die unbeschränkten Erben solidarisch („im vollen Umfange"), gleichviel ob die Theilung vorgenommen wird oder nicht (§. 21 cit.).

c) Wird indeß die Theilung innerhalb der gedachten dreimonatlichen Frist vorgenommen, so haften die Erben bis zum Ablauf dieses Zeitraumes solidarisch (§. 20 a. lin. 2).

Wenn unsere Auffassung richtig ist, dann begreifen wir in der That weder den Inhalt noch die Fassung dieser sonderbaren Neuerung.

---

*) Der §. 20 fügt die nach §. 7 selbstverständliche Bestimmung hinzu, daß beschränkt haftende Erben nicht über den Werth des Nachlasses belangt werden können.

**) Diese unschöne Tautologie scheint auf einen Schreibfehler zu beruhen?

— Zunächst ist die Fassung verfehlt, ja geradezu widersprechend. Denn haften die Erben ohne Unterschied der Art der Erbserklärung vor der Theilung nur pro rata, so kann nicht gesagt werden, daß die unbeschränkten Erben in solidum „auch" nach der Erbtheilung haften, beziehentlich daß die Vorbehaltserben nach der Erbtheilung „nur mehr" verhältnißmäßig belangt werden können. Ebenso sind wohl die Worte „nach der Erbtheilung" im §. 21 ganz überflüssig. — Was sodann den Inhalt betrifft, so ist es vorerst höchst auffallend, daß die beschleunigte Vornahme der Erbtheilung (innerhalb der ersten drei Monate nach dem Erbanfalle) eine Verschärfung der Haftung (Umwandlung der verhältnißmäßigen in die solidarische) bis zum Ablauf derselben Frist zur Folge hat — eine Bestimmung, die so räthselhaft ist, daß sie sich der juristischen Beurtheilung gänzlich entzieht. Nicht minder willkürlich ist ferner die Festsetzung einer anderen Haftungsart für die Vorbehaltserben und wieder einer anderen für die unbeschränkten Erben, worüber bereits früher das Nöthige bemerkt wurde. Endlich läßt sich weder der Ablauf einer bestimmten Frist nach dem Erbanfalle, noch die Vornahme der Erbtheilung als Regulator der Haftweise der Erben rechtfertigen. Die erstere Directive ist willkürlich; für die letztere ließen sich zwar (doch ohne Unterscheidung der Erben mit und ohne Vorbehalt) Gründe anführen; doch wurde bereits früher gezeigt, daß dieselben nicht durchschlagend sind *).

So müssen wir denn die Regulirung der Haftpflicht der Erben für die Erbschaftsschulden, insbesondere die in den §§. 820. 821. a. b. B. G. gemachte Unterscheidung zwischen Vorbehalts- und unbeschränkten Erben — aber noch entschiedener die weit willkürlichere Normirung derselben in den §§. 20 und 21 des Entwurfes verwerfen. Verständlich wäre jene Unterscheidung nur dann, wenn der strengere (solidarische) Haftungsmodus gleichsam als Strafe dafür festgestellt würde, daß der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars keinen Gebrauch macht! Die Haftung der unbedingten Erben darf

---

*) Die Bestimmung des §. 23 des Entw., welcher die Beitragspflicht der Miterben unter sich zur Erfüllung von erbschaftlichen Verbindlichkeiten nach dem Verhältnisse ihrer Erbtheile normirt, ist sachgemäß.

principiell nicht anders geregelt werden, als die der Vorbehaltserben *).

Eine andere Frage, die Unger Verlaßabh. S. 160 stellt, ist es freilich, ob nicht de lege ferenda an die Stelle des folgerichtigen römischen Princips der Theilung der Schulden das in einigen deutschen Partikularrechten vorkommende und in dem Art. 2014 des Züricher Gesetzbuches adoptirte Princip des ungetheilten Ueberganges der Schulden des Erblassers auf die Theilerben zu setzen wäre, so daß diese wenigstens subsidiär für die ganze Schuld zu haften hätten. Daß der römischrechtliche Grundsatz der Theilung der Schulden und Forderungen von Rechtswegen „unserer Denkweise fremd sei, daß es uns viel natürlicher scheine, daß sie in ihrem bisherigen Bestande auf mehrere Erben (solidarisch?) übergehen, als unter dieselben zerfallen", wie Bluntschli (Dahn), Deutsch. P. R. (2. Aufl. §. 250. 4) behauptet, halten wir für eine gewagte Behauptung**). Es sind eben nur Billigkeitsgründe, die für die solidarische Haftung der Erben ins Feld geführt werden könnten. Wir glauben, daß man dafür kaum mehr vorzubringen vermöchte, als was schon Suarez a. a. O. gesagt hat: „Der Erbe, welcher mehr bezahlt hat, als nach Verhältniß seiner rata hereditaria auf ihn kam, kann sich an seinen Miterben regressiren; er wird dazu in den meisten Fällen geschwinder und leichter gelangen können als der Creditor." Also damit der Gläubiger leichter zur Zahlung kommt, was übrigens nicht immer richtig ist, sollen die Miterben so schwer belastet und durch Gestattung des Regresses das Proceßverfahren vervielfältigt werden? Das ist u. E. kein genügender Grund, um von der consequenten Bestimmung des röm. Rechtes abzuweichen. (Vgl. auch Dworzak, a. a. O. S. 66.) Dazu liegt um-

*) Selbst das preuß. L. R. unterscheidet in diesem Punkte nicht zwischen Vorbehalts- und unbedingten Erben, noch weniger das römische Recht und die demselben folgenden Gesetzgebungen Frankreichs und Sachsens.

**) Die Berufung Bl.'s auf den art. 870 Code c., der das gerade Gegentheil sagt, scheint auf einem Irrthum zu beruhen. Was ferner den übrigens nicht genau citirten §. 823 recte 820 des a. b. G. B., den ja nur von unbeschränkten Erben spricht, betrifft, so dürfte derselbe gezeigter Maßen nicht auf klarem Rechtsbewußtsein, sondern auf einem quid pro quo beruhen. Nur die Argumentation Suarez (vgl. oben) könnte vielleicht Bl. zum Belege dienen, wenn sie eben nicht auch auf der unrichtigen Auffassung des Satzes: hereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno beruhen würde.

so weniger Anlaß vor, als die Gläubiger durch längere Zeit nach dem Tode des Erblassers das benef. separationis ausüben können. — Wohl aber halten wir es für billig, daß dem Gläubiger gestattet werde, die Miterben noch durch einen längeren Zeitraum — mindestens während der Separationsfrist — gemeinschaftlich vor dem Forum des Erbschaftsgerichtes zu belangen.

---

§. 13.

Ausschlagung der Erbschaft zum Nachtheile der Gläubiger.

Einer wichtigen Neuerung des bisherigen Rechtes begegnen wir im §. 27 des Entwurfes, dem zu Folge derjenige, dem ein Erbtheil oder ein Vermächtniß in Folge der Entschlagung des Erben oder des Vermächtnißnehmers zufällt, von den Gläubigern des sich Entschlagenden für die bis zur Zeit der Entschlagung bestandenen Forderungen bis zum Betrage des reinen Werthes des Erbtheiles oder des Vermächtnisses in Anspruch genommen werden kann. Das Recht verjährt binnen Jahresfrist nach der Entschlagung *).

Diese den neueren Legislationen nachgebildete Bestimmung kann in dieser Fassung gewiß nicht befriedigen. Wir wollen nicht darüber rechten, ob sich überhaupt eine derartige Klage zu Gunsten der Gläubiger des Ausschlagenden rechtfertigen lasse, oder ob nicht vielmehr das Princip des römischen Rechtes den Vorzug verdiene, welches die Actio Pauliana im Falle des Ausschlagens eines Erwerbes und speciell einer Erbschaft oder eines Legates nicht gewährt **). Denn

---

*) Die Formulirung dieses Satzes im Entwurf deutet unrichtiger Weise auf einen Präclusivtermin.

**) Vgl. L.6. §.2. D. quae in fraudem cred. 42. 8., „Proinde si quis repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat §. 4. Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessat edictum, quod Julianus quoque scribit.“ (Ulpian.) Auf die näheren Voraussetzungen der actio Pauliana, welche h. z. T. wohl nicht vom interdictum fraudatorium zu scheiden ist, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. hierüber den trefflichen Aufsatz von Huschke, Zeitsch. f. Civ. und Pr., N.

läßt man den Gesichtspunkt des Erbschaftserwerbes von Rechtswegen (§. 1 des Entwurfs) bei Seite *), so sind es in letzter Reihe eben nur Billigkeitsgründe, auf die man die Gewährung einer solchen Klage stützen kann. (Vgl. auch Koch Recht d. Ford. II. 843.) Allein auch wenn man sich — sei es aus Consequenz oder Utilitätsrücksichten — für die Zulassung der Klage erklärt, so darf man doch nicht übersehen, daß sich dieselbe nur unter der Voraussetzung rechtfertigen lasse, daß die Ausschlagung in unerlaubter Weise, nämlich zur Verkürzung der Gläubiger des Ausschlagenden erfolgt ist. Mit anderen Worten: eine solche Klage kann nur unter dem Gesichtspunkte einer Delictsklage ihre volle Rechtfertigung finden **). Nur unter

---

F. 14. 1., dazu Brinz, Pand. §. 123, Arndts, Pand. §. 228. Note 1, Köppen, Jahrb. f. d. Dogmat. V. S. 131—132, auch Koch, Recht d. Ford. §. 190 bes. Note 7 a) und 11, welcher jedoch §. 4 cit. blos auf das leg. optionis beschränken will, was jedoch aus der von ihm cit. L. 28. D. de V. S. und L. 1. §. 6 in fine eod. (42. 8) durchaus nicht zu erweisen ist. Mit Recht betont Brinz, S. 532 gegen Huschke den Delictscharacter der actio Pauliana.

*) Daß übrigens auch dieser juristische Gesichtspunkt nicht unanfechtbar ist, dürfte sich aus der Erwägung ergeben, daß durch die Ausschlagung der ipso jure erworbenen Erbschaft der Erwerb ex tunc aufgehoben wird, hiermit im Grunde die Sache so anzusehen ist, als ob der Erwerb nie eingetreten wäre. Vgl. art. 785, Code c.: L'héritier, qui rénonce, est censé n'avoir jamais été héritier; sächs. b. G. B. §. 2261; hessisch. Entw. art. 354 und gewiß auch nach preuß. Recht, vgl. Bornemann VI S. 160. Gruchot I. S. 119, 120; auch Unger II. S. 174, Note 8.

**) Soweit es sich um den Schutz der Gläubiger gegen Verkürzungen durch fraudulöse Handlungen ihres Schuldners handelt, sind die Bestimmungen des österr. Civilrechtes sehr unbefriedigend. Während die Gläubiger gegen onerose Vermögensminderungen ihres Schuldners (namentlich gegen sog. „gemischte" Verträge, vgl. §. 935 bgl. G. B.), wenngleich in böser Absicht unternommen, außer dem Falle eines Betruges (§. 199 litt. f. Strafg.) durchaus nicht gegen Verkürzung geschützt sind, gewährt ihnen der §. 953 b. G. B. bei Schenkungen des Schuldners selbst dann ein Rückforderungsrecht, wenn der Schenkende nicht dolos gehandelt hat. Vgl. auch Unger, II. S. 209—211, insbes. Note 13 a. E., Stubenrauch II. S. 129. 2. Sachgemäß gibt das röm. Recht die actio Pauliana auf volle Rückerstattung nur in solchen — aber auch in allen Fällen, wo Jemand seine Gläubiger unredlicher Weise durch Vermögensveräußerungen benachtheiligt hat (alienatio in fraudem creditorum facta). L. 10. 15. 16. h. t. Ueberdies wird regelmäßig auch der Dolus des Empfängers erfordert; nur bei unentgeltlicher Veräußerung findet die Klage (doch nur auf Bereicherung) auch

diesen Vorbedingungen gewähren auch die neueren Legislationen den Gläubigern des ausschlagenden Erben oder Legatars Rechtsmittel auf Rückerstattung (Restitution, Bereicherung). Man vgl. die preuß. A. G. O. I. §. 37. 38. 43. 54, Conc. O. §§. 1. 100. 102, Ges. vom 9. Mai 1855, dazu Koch, Recht d. Ford. II. §§. 190—192; Gruchot, Glossen I. S. 90—94; ferner art. 1167 und 788 des Cod. civ., dazu Frey II. §. 491; Marcadé und Mourlon I. S. 271; (art. 1167 sagt ausdrücklich: Ils [les créanciers] peuvent aussi . . . . attaquer les acts faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits und unterordnet augenscheinlich den art. 788 dieser allgemeinen Regel); ferner das sächs. bürgerl. G. B. §§. 1509. 1511. 1513—1518, dazu Siebenhaar III. S. 358 flg. — Von allen diesen Voraussetzungen findet sich im §. 27 d. Entw. nicht die geringste Spur. Die Klage auf Zahlung der zur Zeit der Entschlagung bestandenen Forderungen bis zum Betrage des reinen Werthes des Erbtheils (Legats) wird den Gläubigern des sich Entschlagenden gegen den nachfolgenden Erwerber des Nachlasses auch dann gegeben, wenn weder dieser noch jener unredlich handelt, ja selbst dann, wenn eine Verkürzung der Gläubiger gar nicht vorliegt! Gegen eine solche ganz abnorme, ja wunderliche Bestimmung müssen wir uns entschieden erklären. Nach dem von uns befürworteten Grundsatz des Erbschaftserwerbes durch Annahme des Berufenen entfällt überhaupt die Verkürzungsklage der Gläubiger bei bloßem Ausschlagen der Erbschaft durch den Schuldner *). Aber selbst für den Fall, als eine entgegenstehende

---

gegen den redlichen Empfänger statt. Vgl. L. 6. §. 10. 11. L. 25. h. t. dazu bes. Brinz, §. 123 und Arndts, §. 228. — Wesentlich auf denselben Grundsätzen beruhen die bezüglichen Bestimmungen des preuß. Landr. I. 11. §§. 1129—1133, a. G. O. I. §. 37—58, Verord. v. 9. Mai 1855, dazu Koch, Lehrb. II., §. 589. 590 Recht d. Ford. II. §. 190—192; ferner das sächs. bürg. G. B. §§. 1509—1518, dazu Siebenhaar III. S. 356 flg. und das franz. Recht art. 1167, dazu Frey II. §. 491.

*) Nach röm. R. kann selbst der in Concurs verfallene Schuldner die ihm deferirte Erbschaft repudiiren. Vgl. Köppen a. O. S. 132 flg., auch Pfeiffer, Prakt. Ausf. IV. S. 58. 59. Die entgegengesetzte wohl zu rechtfertigende Bestimmung des Hofd. v. 8. Mai 1835, der zufolge der Masseverwalter unter Zustimmung des Gläubigerausschusses die Erbschaft für den Gemeinschuldner antreten kann, — womit die Vorschrift der §§. 1 und 262 der preuß. Conc. O. v. 1855 übereinstimmt, — dürfte zum Schutze der Gläubiger ausreichen. Noch

Bestimmung beliebt würde, sollte doch die Verkürzungsklage nur unter den oben angedeuteten Vorbedingungen gewährt werden. Alsdann darf auch nicht — verschämter Weise — eine blos einjährige Verjährungsfrist bestimmt werden. Es ist vielmehr durchaus kein Grund vorhanden, die Colludenten durch eine kurze Verjährungszeit dieser Delictsklage zu begünstigen.

---

§. 14.

Die Erbtheilung.

Unter den Miterben, denen eine Erbschaft zufällt, besteht eine Vermögensgemeinschaft, aus welcher für jeden derselben das Recht entspringt, die Theilung des gemeinschaftlichen Gutes und die Auseinandersetzung der aus der Sachgemeinschaft und dem Miterbenverhältniß entspringenden gegenseitigen Ansprüche (Collation, Vorauslagen u. d.) zu verlangen (§. 830 a. b. G. B. §§. 165—171 des Ges. v. 9. Aug. 1854)*). Die Erbtheilung kann gerichtlich oder

---

weiter geht der §. 1023 des Zürcher G. B., dem zu Folge die Erbschaft von Amtswegen zur Concursmassa des Delaten zu ziehen ist. Vorsichtiger sind die Motive zum hessischen Entw. (art. 345). Vgl. auch die treffenden Bemerkungen Pratobevera's in dessen Materialien VIII. S. 455 flg., welche zur Berichtigung mancher in der Praxis geläufiger Irrthümer leider wenig beigetragen zu haben scheinen, Unger VI. §. 36. Note 7 und neuest. in gewählter Uebersicht der Literatur und Gesetzgebung Gruchot I. S. 93.

*) Vgl. für das österr. Recht die einzige wissenschaftlich befriedigende Darstellung bei Unger, Erbr. §. 44; für das röm. R. (Tit. D. 10. 2. Cod. 3. 66.) vgl. Arndts, §. 527, Heimbach, R. Lex. III. S. 947 flg., neuestens die gründliche Ausführung von Brinz II. §§. 167. 168. — Eingehend sind in diesem Punkte die Bestimmungen des franz. Rechts (art. 822—842), dazu Zachariä IV. §§. 620—626, Frey III. §§. 708—712. — Minder genau und sachgemäß, ja theilweise sachwidrig (§. 152 I. 17) sind die Vorschriften des preuß. L. R. I. 17. §§. 115—126. 147—167, nach welchen das Theilungsverfahren zwischen uneinigen Erben, wie Koch, Pr. R. II. §. 877 bemerkt, sehr weitschweifig, langwierig und verworren wird. — Nicht ganz befriedigend ist das Theilungsverfahren im sächs. b. G. B. §§. 2343—2354 geregelt. Vgl. über dasselbe Siebenhaar, III. S. 324 flg.

außergerichtlich erfolgen. Sie bildet schon derzeit mit Recht keinen integrirenden Abschnitt der Verlaßabhandlung, kann daher auch erst nach der Einantwortung vorgenommen werden; ja so weit nicht Pflegebefohlene interveniren, hängt die Vornahme derselben überhaupt vom Belieben der Miterben ab (§§. 166. 170. Ges. v. 1854) *). Gerichtlich muß dieselbe nur dann vorgenommen werden, wenn pflegebefohlene Erben participieren oder wenn die (alle?) handlungsfähigen Erben darum ansuchen. (§. 171 ebend.) Eine Klage auf Erbtheilung ist nur dann nöthig, wenn Streit darüber ist, daß überhaupt oder was und wie getheilt werden soll; sie kommt übrigens bei der Einfachheit der bezüglichen Rechtsverhältnisse u. W. in der Praxis fast nie vor. Außer den genannten Fällen genügt ein einfaches Gesuch beim Erbschaftsgerichte um Vornahme der Erbtheilung. (§. 170 und 171 ebend.) Das österr. Recht steht also auf demselben Standpunkte, anf dem nach dem Zeugnisse Zimmermann's, Civ. Arch. 34. S. 206 flg. die heutige gemeinrechtliche Praxis, während nach reinem römischen Rechte die Theilung im Wege der mit Duplicitätscharakter ausgestatteten Klage (familiae herciscundae actio) und des Urtheils (Adjudication, Condemnation, Absolution, Jussum) angestrebt werden muß. Das Princip des römischen Rechtes (richterliche Entscheidung über vorgängige Klage) haben obgleich mit wesentlichen Modificationen auch das preuß. L. R., das französische und sächsische Gesetzbuch angenommen **).

Gewiß ist aber der Behandlung der Erbtheilung im nichtstreitigen Wege (der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit) schon darum der Vorzug zu geben, weil die Formlosigkeit dieses Verfahrens dem Richter und den Parteien freiere Hand in der Regelung der bezüglichen oft mannigfaltigen und vielfach verwickelten Verhältnisse gestattet. Dem wirklichen Bedürfnisse des Lebens sagt hier eine unter dem ausglei-

---

*) Gegen Harrassowsky, a. a. O. S. 68, welcher die Erbtheilung als dritten Zweck der Verlaßabhandlung bezeichnet, bemerkt daher Unger VI. §. 44 Note 5 mit Recht, daß diese mit jener an sich Nichts zu thun hat; die gerichtliche Theilung der Erbschaft findet sich auch dort, wo die Verlaßabhandlung ganz unbekannt ist.

**) Vgl. I. 17. §§. 117 flg. Der „Antrag" auf Theilung wird von preuß. Schriftstellern als Klagsantrag verstanden, s. Temme, II. S. 272, Koch Priv. II. S. 858; art. 822 flg. Cod. c., dazu Zachariä IV. §. 62; §. 2343 sächs. G. B.

chenden und ergänzenden Einflusse des richterlichen Ermessens sich rasch vollziehende freiwillige Theilung und Vertheilung viel mehr zu, als das nach langwierigem Processe nach allen Regeln der Kunst geschöpfte richterliche, im Exekutionswege zu vollstreckende Theilungserkenntniß *). Wir stoßen hier auf ein Rechtsgebiet, in dem der Buchstabe des Gesetzes nie ausreicht, oft hindert und beengt und bei dem wir, — wenn sich das Institut als wohlthätig bewähren soll, dem Richter ein thunlichst freies Feld für seine arbiträre Wirksamkeit belassen müssen.

Die derzeit geltenden Bestimmungen der §§. 165—168 Ges. v. 1854 über die Erbtheilung, insbesondere über die Veranschlagung der Erbschaft in Geld zum Zweck der Erbtheilung werden in den meisten Fällen praktisch sich bewähren, so wenig auch die Einbeziehung der ipso jure getheilten Forderungen und Schulden in die Theilungsmasse juristisch zu rechtfertigen ist **). Die Vornahme der Theilung liegt dem Richter ob, der jedoch nach §. 29 d. Ges. v. 1854 auch einen Notar mit derselben betrauen kann. Nähere materielle Vorschriften finden sich über diesen Punkt nicht. Bei den ziemlich ausführlichen Vorschriften des a. b. G. B. über die Theilung überhaupt dürften

*) Die Schwerfälligkeit des richterlichen Erkenntnisses ergibt sich aus der eingehenden Darstellung des Theilungsprocesses bei Brinz, §. 168. A. A. scheint Koch a. O. S. 859 zu sein. So nimmt denn auch das judicium f. h. nach franz. Rechte mehr den Charakter eines Actes der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Das Gericht resp. der Notar nimmt dasselbe unter Zuziehung der Parteien in zwangsloser Form vor; nur streitige Incidenzpunkte entscheidet das Gericht. Vgl. art. 823 flg. Marcardé und Mourlon I. S. 286—299.

**) Der §. 165 Ges. v. 1865 spricht ausdrücklich von der Erbtheilung „bei kleinen im baaren Gelde, Schuldforderungen oder Fahrnissen bestehenden Verlassenschaften." Wie stimmt dies zu §. 888 a. b. G. B.? Auf nomina und debita bezieht sich daher das jud. fam. h. nicht. L. 2. §. 5. D. h. t. Allein auch die gemeinrechtliche Praxis befolgt, wie es scheint, den oben geschilderten Theilungsmodus. Vgl. Sintenis, Hdb. III. §. 188 Note 6 und 7: „Daß bei Vermögensaufstellungen behufs der Erbtheilung die ganzen Schulden und Forderungen der Erbschaft mit angeführt zu werden pflegen, geschieht nur im Interesse der besseren und übersichtlicheren Berechnung." Vgl. auch Unger, Erbr. 44, Note 7 und 13, Heimbach, S. 953 flg. — Eigenthümlich ist die Vorschrift des preuß. R. (§§. 151—155 I. 7), derzufolge Activforderungen nicht ipso jure getheilt sind und jener Miterbe zur Einziehung derselben legitimirt ist, der sich im Besitze des Instruments befindet. Die ebenso absonderliche Motivirung dieses Satzes durch Suarez s. bei Bornemann VI. S. 514.

übrigens weitere Detailbestimmungen über die Vornahme der Erbtheilung ebenso überflüssig als nach Umständen beengend sein. So lange überdieß der bäuerliche Grundbesitz untheilbar bleibt, wird die Erbtheilung hier zu Lande weitaus nicht jene praktische Bedeutung haben, wie etwa in Frankreich und Belgien.

Die Bestimmungen des Entwurfes über die Erbtheilung (§§. 52 bis 56) gehen zwar von richtigen Grundsätzen aus, bedürfen aber u. E. nach Inhalt und Form mancher wesentlicher Aenderungen und Ergänzungen. — Zunächst bestimmt der §. 52, daß das Erbschaftsgericht die Theilung einzuleiten habe, wenn auch nur Einer unter mehreren Miterben darum ansucht. Nach §. 53 leitet das Gericht die Verhandlungen über die Feststellung des zu theilenden Vermögens, über die Werthbestimmung der einzelnen Nachlaßgegenstände und darüber, ob ein Nachlaßgegenstand getheilt, von einem Miterben übernommen oder an einen Dritten veräußert werden soll. Sodann ist die Theilung vorzunehmen. Wenn sich die Erben über die Person desjenigen, der die Art der Theilung vorzuschlagen hat, nicht einigen, so hat der Richter den Entwurf der Theilung zu machen, falls derselbe wegen der Verwickelung der Verhältnisse es nicht für angemessen findet, hierzu einen Sachverständigen zu bestellen. Die Erbtheile sind, wenn nicht eine andere Vereinbarung darüber erzielt wird, so zu bestimmen, daß das Loos über die Annahme derselben entscheidet (§. 54). Ergeben sich Streitigkeiten, welche im ordentlichen Rechtswege entschieden werden müssen, so sind die „Streitpunkte ins Klare zu setzen" (§. 55)*). Werden die Streitigkeiten behoben, so ist mit der Theilung über Ansuchen fortzufahren (§. 56).

Es ist nun allerdings nur zu billigen, daß die Leitung der Erbtheilung dem Erbschaftsgerichte zugewiesen wird. Vertritt doch das nichtstreitige Erbregulirungsverfahren die Stelle des Erbtheilungsprocesses**). Allein bedenklich finden wir es, daß auch

---

*) Was soll mit diesen vieldeutigen Worten gesagt sein? Wenn nur: daß die Streitenden auf den Rechtsweg zu weisen seien, so liegt doch eine andere Fassung näher.

**) So ist es auch nach franz. Rechte (art. 822). Dies scheint Dr. Fuka, Ger. Zeit. 1867, Nr. 33 in seinem sonst beachtenswerthen Aufsatze über die Erbtheilung zu übersehen. Vgl. hierüber Frey III. §. 709 und Zachariä IV. §. 624.

die Durchführung der Erbtheilung — von der Zusammenstellung und Werthserhebung des Nachlasses bis zum Entwurfe der Theilung — ausnahmslos dem Richter zur Pflicht gemacht wird. Die bezüglichen Amtshandlungen sind nämlich wie bekannt bei größeren Verlassenschaften langwierig und zeitraubend. Auch sind es meist Acte, welche, wie die Feststellung der Erbmasse, die Schätzung, die Zusammensetzung der Erbloose, der Entwurf der Theilung mit der richterlichen Thätigkeit an sich Nichts zu thun haben. — Mit solchen umfangreichen und beschwerlichen Operaten die Gerichte zu belasten, ist kein ausreichender Grund vorhanden. Ueberbürdung der Gerichte und Verschleppung des Theilungsgeschäftes würden alsdann kaum zu vermeiden sein *). Die gestattete Bestellung eines Sachverständigen zur Ausarbeitung des Theilungsentwurfes „wegen Verwickelung der Verhältnisse" gewährt keine ausreichende Abhülfe, da zur Abfassung des Theilungsrecesses wesentlich juristische Kenntnisse erfordert werden, (man denke z. B. an Collationen, Vorausvermächtnisse u. s. f.), daher dem Richter die genaue Durchsicht, Abänderung beziehentlich Umarbeitung des Entwurfes in den seltensten Fällen erspart bleiben wird. Wir möchten daher eine Abänderung des Entwurfes in dem Sinne beantragen, daß es dem Richter gestattet wird, in allen nicht einfachen Fällen die Vornahme der ganzen Erbtheilung oder einzelner Acte derselben durch Notare vornehmen zu lassen**). Es versteht sich, daß darum die Leitung des Verfahrens doch immer dem Gerichte vorbehalten bleiben müßte, welches auch die streitigen Incidenzpunkte in Betreff der Feststellung der Theilungsmasse, der Festsetzung des Werthes, der Nothwendigkeit der Veräußerung u. s. f. im kurzen Wege zu entscheiden, beziehentlich die Parteien erforderlichen Falls auf den Rechtsweg zu verweisen hätte***). — Im Interesse der Pflegebefohlenen

*) Vgl. auch Fuka a. a. O.

**) Dies stünde auch im Einklang mit dem bisherigen Recht (§. 29. Ges. v. 1854). Vgl. auch Fuka a. a. O. Nach franz. Rechte (art. 828) hat die Feststellung der Erbmasse und die Zusammenstellung der Erbloose schlechthin durch einen Notar zu geschehen. S. Frey III. §. 709, Note 6. Das Gericht darf sie also nicht vornehmen. Für dieses Verbot finden wir keine ausreichenden Gründe.

***) So ist es auch in der Hauptsache nach franz. Recht (art. 823). Vgl. Marcardé und Mourlon I. S. 288. Die Berufung gegen Incidenzent-

ist zu wünschen, daß der §. 53 cit. dahin ausgedehnt werde, daß die Erbtheilung auch in dem Falle gerichtlich vorgenommen werden muß, wenn auch nur ein einziger Pflegebefohlener an der Erbschaft participirt *).

Zur Ergänzung des §. 53 würden wir die Aufnahme der §§. 167 und 168 des Ges. v. 1854 (doch in besserer Fassung) befürworten. Im §. 53 empfehlen wir die Streichung der Worte „von einem Miterben übernommen", da die Condemnation eines Miterben zur Uebernahme einer Sache in einem bestimmten Werthe leicht zu dessen Verkürzung führen kann und kein Grund vorliegt, von der nach allen Seiten billigen Vorschrift des §. 843 b. G. B. (Veräußerung der Sache) im Erbtheilungsverfahren abzuweichen. — Zu §. 54 Absatz 2 wäre wohl hinzuzufügen, daß es dem Gerichte beziehungsweise dem Notare unbenommen bleibt, bei der Zusammenstellung der Erbloose Sachverständige beizuziehen **).

---

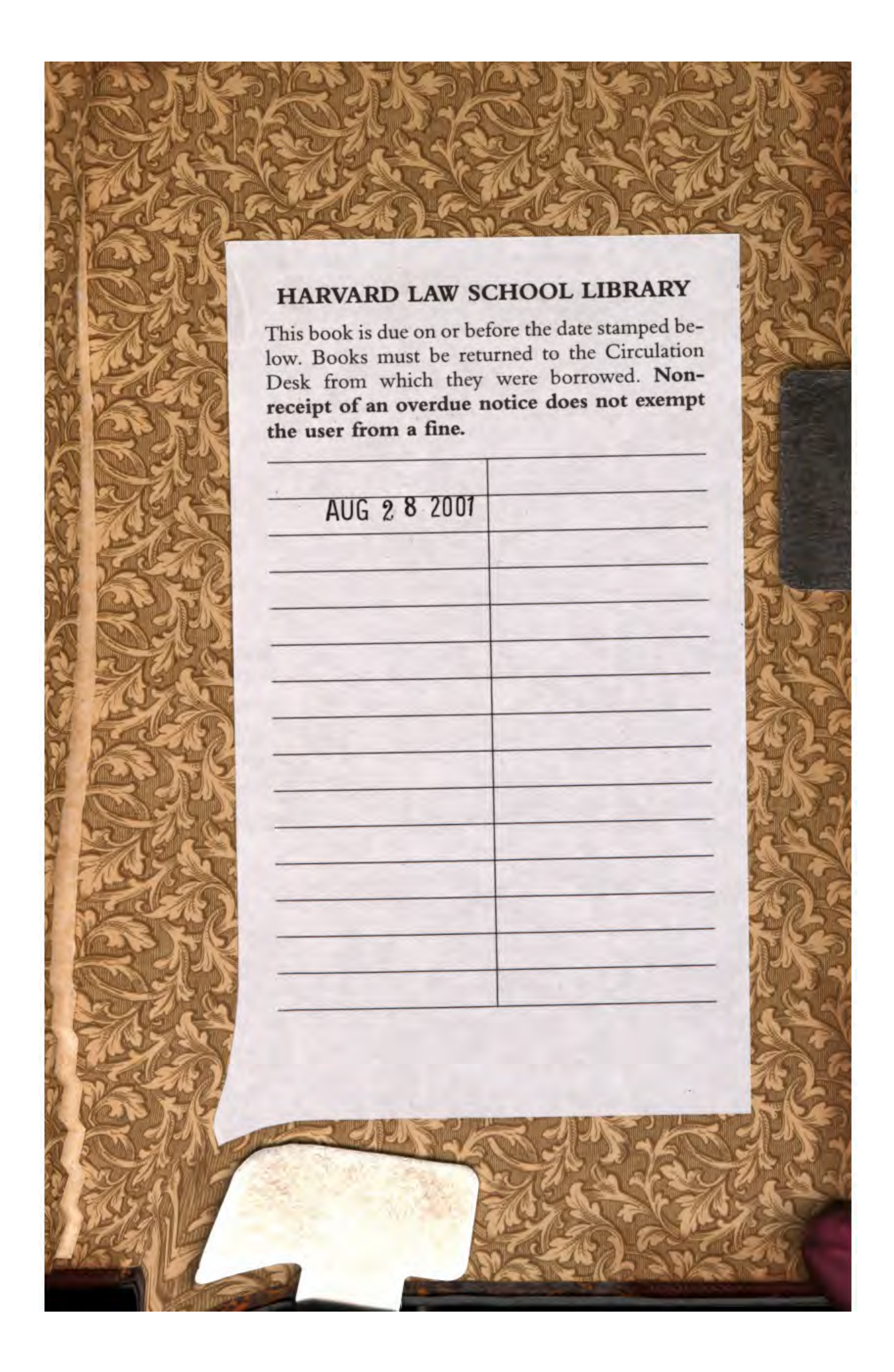
scheidungen müßte selbstverständlich ausgeschlossen werden. Dem Richter auch die Leitung der Erbtheilung zu entziehen, wie dies Fuka a. a. O. verlangt, heißt: den Parteien unnöthiger Weise Anlaß zu langwierigen Erbtheilungsprocessen geben.

*) Dies verordnet auch das franz. Recht (art. 838) und das sächs. b. G. B. §. 2349. Nach dem Code c. art. 882 muß die Theilung auch dann gerichtlich vorgenommen werden, wenn die Gläubiger des Miterben gegen die außergerichtliche Theilung Widerspruch einlegen. Es wurde bereits früher gezeigt, daß nach österr. Recht die Nothwendigkeit hiefür nicht vorliegt.

**) Nach dem franz. Rechte müssen Experte die Loose zusammenstellen, wenn Minderjährige als Erben concurriren oder blos Liegenschaften die Erbmasse bilden. Art. 466 Code civ. und art. 975 Code d. pr. Vgl. Zachariä III. §. 624, Note 9.

Druck von Carl Finsterbeck in Wien, Freiung Nr. 6





HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY
This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.
AUG 28 2001

